

Uniestrafrecht

Citation for published version (APA):

Klip, A. H. (2004). *Uniestrafrecht*. Kluwer. <https://doi.org/10.26481/spe.20040429ak>

Document status and date:

Published: 29/04/2004

DOI:

[10.26481/spe.20040429ak](https://doi.org/10.26481/spe.20040429ak)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Voor Swantje

Uniestrafrecht

Rede

uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt
van hoogleraar strafrecht, strafprocesrecht en
de grensoverschrijdende aspecten van het strafrecht
aan de Universiteit Maastricht op donderdag 29 april 2004

door

mr André Klip

KLUWER 

Deventer

2005

VERTALINGEN:

FRANS: met dank aan Valérie van Soens en Gregory Terzian

ENGELS: met dank aan Shahram Dana en Thom Dieben

DUITS: met dank aan Henrike Wegener

AFBEELDING OP OMSLAG:

SCULTORE BOLOGNESE (prima metà del secolo XIV)

Arca di Giovanni di Andrea (particolare) marmo

Questo particolare raffigurante un gruppo di studenti che ascoltano la lezione del maestro, appare scolpito sul fronte dell'arca del famoso canonista Giovanni di Andrea, morto a Bologna durante la peste del 1348. Per la complessità architettonica e l'articolazione decorativa questa arca, un tempo nella chiesa di San Domenico, si impose presto come modello esemplare per la scultura funeraria bolognese.

Bologna, Museo Civico Medievale (Sala 4)

Omslagontwerp: Signia Winschoten

ISBN 90 13 01779 7

© 2004, A.H. Klip

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden vervoelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 aug. 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of opvragen via telefoonnummer 0570-673449.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Inleiding

Op 7 februari 1992 werd in deze stad het Verdrag betreffende de Europese Unie gesloten. Met dat verdrag is een ontwikkeling in gang gezet waarin het strafrecht niet langer als zuiver nationaal kan worden beschouwd. Al dan niet bewust zijn stappen gezet die kunnen leiden tot een gemeenschappelijk Europees strafrecht. De kern van mijn betoog van vandaag gaat over de betekenis van deze fundamentele en structurele verandering van nationaal naar Europees niveau in het strafrecht voor de strafwetgeving, de strafrechtspolitik en de strafrechtswetenschap.¹

De plaats van het strafrecht in de samenleving

Het strafrecht kan zich in het huidige tijdsgewricht verheugen in een grote belangstelling van de media, overheid en politiek. Het gaat in dat opzicht buitengewoon goed met het strafrecht. Strafrechtelijke thema's zijn niet weg te slaan uit de nieuwsbulletins. Vrijwel iedere burger heeft een mening over wat, wie, hoe en hoelang gestraft moet worden. Ik vind het verheugend dat mijn vakgebied zo midden in de samenleving staat. Maar al die aandacht heeft ook zijn schaduwzijden. De verwachtingen van wat je met strafrecht allemaal kunt bereiken zijn wel erg hoog, te hoog naar mijn mening.² In veel gevallen is het strafrecht, althans in de beeldvorming, *primum remedium* geworden: één van de eerste middelen waaraan wordt gedacht bij de bestrijding van ongewenst gedrag. Dit is een ontwikkeling die niet zuiver Nederlands is, maar zich ook in andere landen en zeker bij de Europese Unie heeft voltrokken.³ Sterker nog, als er een protagonist is van de *primum remedium* gedachte van het strafrecht dan is het de Unie. Zij drukt dat tot dusver uit in een niet aflatende stroom van strafrechtelijke instrumenten.

In Nederland zijn voorstellen gedaan ouders te bestraffen vanwege een nalatige opvoeding in gevallen waarin hun kinderen zich schuldig maken aan strafbare feiten.⁴ Vrouwenbesnijdenis is binnenkort mogelijk ook strafbaar in Nederland als het in het buitenland gebeurt, meisjes uit risicogroepen moeten daartoe regelmatig worden onderzocht. Ook de verlenging van diverse verjaringstermijnen geeft voeding aan de uitbreiding van de almacht van het strafrecht. Het strafrecht dijt voortdurend uit: in strafbare feiten, de betrokken personen, de plaats van het de-

1. Dat laat onverlet dat Europa op zijn beurt weer beïnvloed kan zijn door de Verenigde Staten. Zie hierover Joachim Vogel, *Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik*, Goldammer's Archiv für Strafrecht 2002, p.517-534.
2. P.J. van Koppen, *Verankering van rechtspraak*, Over de wisselwerking tussen burger, politie, justitie en rechter, oratie Vrije Universiteit Amsterdam 2003, p.65.
3. Zie ook J. de Hullu en E.A.M. Verheijen, *De beoordeling van Eurostrafrecht*, DD 2002, p.696-697.
4. Brief van de Staatssecretaris van Justitie, *Niet-vrijblijvende vormen van opvoedingsondersteuning*, Kamerstukken II 1999-2000, 27197, nr.1, p.11.

lict en in de tijd. Het strafrecht heeft als instrument een onaantastbare status bereikt met een flinke morele lading.⁵

Recentelijk is daar een nieuw facet bijgekomen waarbij de status als veroordeelde wordt verabsoluteerd en vereeuwigd: er zijn bijvoorbeeld oproepen waar te nemen om aan de buurt bekend te maken als er een zedendelinquent woont, tweede generatie Nederlanders hun Nederlanderschap af te nemen of om veroordeelden uit te sluiten van het arbeidsproces. Dergelijke activiteiten sluiten mensen voor altijd uit de samenleving. De wetenschap (en de Universiteit) heeft naar de samenleving een voorbeeldfunctie om hiertegen stelling te nemen en uit te leggen dat het strafrecht niet uitsluitend is, maar insluitend, hetgeen betekent dat het een keer over is en dat welke veroordeelde ook, nadat de straf is uitgezeten, onvoorwaardelijk terugkeert in de maatschappij en dat er geen plaats is voor nieuwe sancties, verbanningen of schandpalen.⁶

In deze context is het niet verwonderlijk dat de politiek (de Europese en de Nederlandse) meer en meer controle tracht te krijgen over de daadwerkelijke strafrechtshandhaving. Soms schetst de politiek daarbij een beeld dat rechtshandhaving bij degenen die ermee belast zijn niet (althans niet steeds) in goede handen is: schikkingen in de bouwfraude moeten op last van de kamer aan de controle van de Minister van Justitie worden onderworpen. Met de invoering van minimumstraffen zouden rechters moeten worden gedwongen serieuze hoge straffen op te leggen.⁷ Politici, inclusief leden van het kabinet, laten zich af en toe laatdunkend uit over de wijze van behandeling van individuele strafzaken. De kritiek richt zich niet op het strafrecht zelf, maar bij toerbeurt op een segment van de uitvoerders: de politie die geen boeven vangt; het OM dat niet of voor te lichte feiten dagvaardt en de rechter die te laag straft.⁸

Gelijkaardig zijn op Europees niveau de aanhoudende klachten van de Europese Commissie over niet-vervolgen van EG-fraude: nationale instanties doen dat naar haar oordeel zo slecht dat ze het zelf wil doen. De instelling van een eigen fraudebestrijdingseenheid was voor de Commissie nog onvoldoende. Zij pleit sinds enige jaren voor de oprichting van een Europese Officier van Justitie. Het zijn allemaal pogingen de inzetbaarheid van het strafrecht te vergroten. Daarbij wordt miskend wat het strafrecht kan en genegeerd dat het niet mogelijk is alle strafbare feiten te vervolgen. Bij gelijkblijvende capaciteit van de hele strafrechtelijke

5. Buruma wees op de morele lading van recente wijziging van het materiële strafrecht. Y. Buruma, Grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid, in: Glijdende schalen, Liber amicorum J.de Hulle, Wolf 2003, p.76.

6. Zie ook C.H. Brants, Over levende gedachten, oratie Utrecht 1999.

7. Aan diezelfde rechter worden echter ook meer en meer vage normen voorgelegd. Die versterken juist zijn beoordelingsvrijheid.

8. Zie een interessant empirisch onderzoek over het vertrouwen in de rechtspraak van burgers: T. van der Meer, Vertrouwen in de rechtspraak, rechtstreeks 1/2004, p.9-55 en voorts P.J. van Koppen, die weliswaar stelt (p.1) dat het strafrecht als zodanig kritiek ondervindt, maar die in de uitwerking toont dat de kritiek zich richt op de functionarissen in de keten.

keten is voorgeprogrammeerd dat een steeds groter percentage criminaliteit zonder reactie blijft. Met Boutellier zou in dit verband gesproken kunnen worden van een permanent gevoel van crisis.⁹ Zo beschouwd gaat het helemaal niet goed met het strafrecht.

De taak van de strafrechtswetenschap

Deze laatste vaststelling zal de strafrechtswetenschap zich moeten aantrekken, zij zal zich met de ontwikkeling en vormgeving van het strafrecht dienen te bemoeien. Wat ik hier zeg is niets nieuws, dat gebeurt al jaren, maar wat wel nieuw is, is dat de invloed van de strafrechtswetenschap op beleid en wetgeving afneemt. Waardoor kan deze afnemende invloed van de wetenschap worden verklaard? De belangrijkste reden bestaat er naar mijn mening uit dat de werkwijze van de media als belangrijke factor in onze samenleving en de wetenschap zo uiteenlopend zijn. De snelle zwart-wit benadering van de media waarbij de confrontatie wordt gezocht past slecht bij de nuance en grotere verbanden van ons metier.

De politiek is in zekere mate afhankelijk geworden van de media. Een politicus die publiekelijk zegt dat het niet mogelijk is alle kwaad uit te roeien moet zich in de beeldvorming laten aanleunen dat hij het niet erg vindt als er strafbare feiten worden begaan. Welke politicus heeft de moed te zeggen dat de inspanningen om een moord van 29 jaar geleden op te lossen ten koste gaan van de opsporing en vervolging van strafbare feiten van gisteren en vandaag?¹⁰

De media schetsen dikwijls een vals beeld van de werkelijkheid van de rechtshandhaving.¹¹ Het criminaliteitsbeeld en het rechtsbeeld van de media wijkt zo af dat het aparte studie verdient. Ik noem maar de onbewezen stelling dat het Nederlandse strafklimaat mild zou zijn. Aantoonbaar is echter dat onze regeling omtrent vervroegde invrijheidsstelling veel strenger is dan die van de meeste andere landen en dat veroordeelden hier een veel groter gedeelte van de opgelegde straf uitzitten. Mijn eerste indruk is eerder dat ons strafklimaat zwaarder is dan veel andere Europese landen, maar dat vergt een omvangrijk onderzoek. Journalisten blijven schrijven dat verdachten wegens vormfouten vrijkomen, terwijl die nauwelijks meer bestaan sinds begin jaren negentig. Veroordeelden komen bij goed gedrag vrij, een criterium dat al ruim twintig jaar niet meer in het Neder-

9. H. Boutellier, *De veiligheidsutopie*, 2003, 2^e druk p. 158.

10. De ervaringen met de vervolging van oorlogsmisdrijven jaren na dato leert dat er grote bewijsrechtelijke problemen vanwege het tijdsverloop kunnen ontstaan. Bij het Joegoslaviëtribunaal zijn deze opgelost met wat gemakkelijke deelnemingsvormen: joint criminal enterprise. Hierbij wordt via een soort culpa in causa-redenering daderschap gevestigd. Zie bijvoorbeeld al sinds ICTY, *Judgement, Prosecutor v. Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-T, T. Ch.II, 10 December 1998, Klip/ Sluiter ALC-III-685, par. 216; ICTY, *Judgement, Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, A.Ch., 15 July 1999, Klip/ Sluiter ALC-III-761, par.220.

11. Brants, p.34-36.

landse strafrecht voorkomt. Je blijft lezen dat levenslang in Nederland geen levenslang zou zijn.

Feit en fictie lopen door elkaar heen. Hoe het werkelijk met de criminaliteit zit is niet zo relevant meer, waar het om gaat is de beeldvorming.¹² In de presentatie van criminaliteit staat voorop dat het gaat om *criminelen* en ontbreekt de notie dat de Europese crimineel uiteindelijk ook een Europese burger is die voortkomt uit de Europese samenleving en aanspraak maakt op vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid. De facto is de schandpaal door middel van de pers vanuit de Middeleeuwen terug in onze moderne samenleving. Terecht houden rechters dan ook in de strafmaat rekening met de mate waarin verdachten aan de kaak zijn gesteld. De media vormen daarmee onderdeel van de tenuitvoerlegging van straffen en daarmee toch van de werkelijkheid. Ik vrees dat een dergelijke ontwikkeling waarin strafrechtspolitiek mede bepaald wordt op basis wat in de media gebeurt door Europa zal worden versterkt. Daarbij kan fictie verworden tot werkelijkheid. Dit gapende gat kan leiden tot een wedloop van overvragen, gevolgd door nieuwe bevoegdheden, gevolgd door nog verdere daling van de werkelijke grip van het strafrecht op de samenleving. Hierin schuilt een gevaar voor de rechtszekerheid en rechtsbescherming. De uitbreiding van bevoegdheden versterkt de positie van de overheid, maar ook haar beleidsruimte en vergroot de kans op willekeur. Het is de taak van de wetenschap hierop te wijzen zodat die vicieuze cirkel kan worden doorbroken. Dat kan door het strafrecht zelf als handhavingsinstrument ter discussie te stellen.

Als criminaliteit wordt gepresenteerd als oplosbaar probleem bestaat het risico dat middelen worden ingezet die passen bij zo'n onbereikbaar doel. Naar mijn mening dient het strafrecht veel van zijn onaantastbaarheid te verliezen en op een aanzienlijk bescheidener rang te worden ingeschaald. Dat mag er echter niet toe leiden dat in de samenleving geuite klachten over het gebrek aan veiligheid simpel worden afgedaan met een kwalificatie als een "gezond rechtsgevoelen van het volk". Tussen een fascistische verkrachting van het recht en gebrek aan enig gevoel voor de noden van de samenleving zit nog heel wat ruimte. Uiteindelijk is het strafrecht er voor de samenleving en opereert het niet in een steriele abstracte theoretische laboratoriumsituatie. Het strafrecht dient dus dienend aan de samenleving te zijn, maar juist daarom reëel en geloofwaardig.¹³ Daar ligt vooral onze maatschappelijke taak: het voorlichten van de samenleving over wat wel en niet kan. Blijven wijzen op feiten en gevolgen en de juiste vragen opwerpen, ook als die uitleg wat langer duurt. Als politici panklare oplossingen vragen die er niet zijn, dan moet er geantwoord worden dat zulks niet kan.¹⁴ Over enige verwijdering tussen politiek en wetenschap maak ik me geen zorgen, die is er altijd geweest en bevestigt de noodzakelijke kritische distantie.¹⁵

12. G.J.M. Corstens, Een stille revolutie, Arnhem 1995, p.14.

13. J. de Hullu, Recidive en straftoemeting, Deventer 2003, p.4.

14. J. de Hullu, Recidive en straftoemeting, Deventer 2003, p.11.

15. Zie ook Kamerstukken II, 1991-1992, 22268, nr.5, p.5.

Ook op een ander vlak zou het strafrecht ter discussie kunnen staan. In een tijd waarin normen en waarden nieuw worden bepaald zou dat uiteindelijk ook kunnen leiden tot het herdefiniëren van de strafrechtelijke uitgangspunten. Dat klinkt in eerste instantie wellicht bedreigend maar lijkt me toch wenselijk omdat we in Nederland in de loop der jaren dogmatisch zijn losgeslagen. Ooit relevante onderscheiden tussen plegen, medeplegen en medeplichtige zijn in de rechtspraak verworden tot: je was erbij en je bent erbij! En dan heb ik het nog niet over de reikwijdte van de deelneming aan een criminele organisatie als bedoeld in artikel 140 Sr. Deze ontwikkeling staat haaks op de uitgangspunten van ons klassieke strafrecht, dat als daadstrafrecht een "gewilde spierbeweging" verlangt en als beheersingsinstrument pas in beeld komt als andere methoden falen. Feitelijk is het schuldbeginsel op veel vlakken losgelaten en wordt er meer en meer risic strafrecht ingevoerd.¹⁶

Betekent dit dat het huidige strafrecht niet meer van deze tijd is? Moeten wij op zoek naar een nieuwe dogmatiek? En als dat moet zouden we dat dan niet beter in de Unie kunnen doen dan nationaal? Er zijn vele technische ontwikkelingen gekomen die eind 19^e eeuw bij de totstandkoming van ons wetboek niet bestonden. De plaats van Nederland in de wereld is veranderd. Die vaststelling deed recentelijk ook de Minister van Justitie, hij meende dat we toe zouden moeten naar een systeem dat past bij deze tijd.¹⁷ Dat lijkt me een juiste vaststelling. Maar ik mis nog de fundamentele discussie over nieuwe uitgangspunten. Mij persoonlijk gaat het dan meer over de vraag welke rol wij wensen te geven aan het strafrecht in onze samenleving en hoe daderschap en deelneming gedefinieerd worden dan detailkwesties of hier geïntegreerde vreemdelingen als buitenlandse sextoerist moeten kunnen worden bestraft, zoals nu in artikel 5a Sr is geregeld. Voor een abstracte wetenschap die de rechtsgeleerdheid nu eenmaal is, staat nooit iets voor altijd en eeuwig vast, maar is het recht en daarmee de wetenschap voortdurend aan verandering onderhevig. Dat kan leiden tot het overdenken van concepten die lang bestaansrecht hadden, maar ook tot de vaststelling dat aan bepaalde rechten niet getornd mag worden zonder de beginselen van een democratische rechtsstaat te verzaken.

Wat is de rol van de Europese Unie in het strafrecht?

Het wordt tijd dat ik u deelgenoot maak van wat ik onder uni strafrecht versta, tenslotte bent u gekomen om mij daarover te horen spreken. Ik zou het uni strafrecht willen definiëren als het geheel van regels van de Europese Gemeenschap en de Europese Unie met een strafrechtelijke dimensie. Dit valt op drie niveaus te onderscheiden:

16. Zie D. Roef, Strafrechtelijke verantwoordelijkheid in de risicomaatschappij, in: P.L. Bal, E. Prakken, G.E. Smaers, Veiligheid of vergelding?, Deventer 2001, p.33-36.

17. Strafrecht in een veranderende omgeving, college van Minister van Justitie Donner op 1 december 2003 op de Katholieke Universiteit Nijmegen.

1) een nationaal niveau:

- de strafrechtelijke handhaving van het gemeenschapsrecht (vrijwillige keuze voor de inzet van het strafrecht/ handhaving als zodanig verplicht);¹⁸ alsmede
- de handhaving van door de Unie vastgestelde strafbare gedragingen (zoals vervat in Gemeenschappelijke Optredens, Kaderbesluiten en Overeenkomsten);

2) een tussenstaats niveau:

- de regulering van de administratieve en strafrechtelijke samenwerking (leidt de facto tot gemeenschappelijke handhaving);

3) een bovenstaats niveau:

- het echte (supranationale) Europese strafrecht met directe handhaving op Europees niveau. Dit is met uitzondering van de mededinging thans nog niet het geval maar er liggen wel voorstellen.¹⁹

In het vervolg van mijn betoog zal ik met name spreken over de verhouding tussen het nationale en het supranationale niveau, alsmede over de vormgeving van dat Europese strafrecht.

35 jaar geleden, aan de vooravond van de vervolmaking van het netwerk van rechtshulpverdragen van de Raad van Europa, dat staten de mogelijkheid bood elkaar in elke fase van het opsporingsonderzoek, het strafproces en de tenuitvoerlegging hulp te bieden, stelde van Agt in zijn inaugurele rede *Naar een extravert strafrecht* "dat het straffend optreden van nationale overheden uiteindelijk niet is gericht op het behoud van op zichzelf staande nationale gemeenschappen, maar op het welzijn van de mensen in hun over de staatsgrenzen reikende samenleving. In die opvatting past het, de nationale rechter ook met het handhaven van elders gestelde normen te belasten, voorzover daarmee een rechtvaardiger en doelmatiger rechtsbedeling wordt verkregen."²⁰ Tien jaar later, in 1979, torpedeerde diezelfde van Agt als Minister-president met een Nederlands veto het plan van de Franse president Giscard d'Estaing voor een espace judiciaire.²¹ Sedertdien is er veel veranderd.

Allereerst is de invloed van het verdragsrecht op het strafrecht exponentieel gestegen. Ik heb getalsmatig onderzocht hoeveel tijd Nederland de afgelopen eeuw nodig had om 50 verdragen te sluiten met strafrechtelijke relevantie. Van 18 april

18. Zie J.A.E. Vervaele, *Handen en tanden van het gemeenschapsrecht*, oratie Utrecht 1994.

19. Ik versta op grond van de interpretatie van artikel 6 EVRM die het EHRM in zijn rechtspraak heeft gegeven het mededingingsrecht als strafrechtelijk. Ik volg daarbij derhalve een andere indeling dan Corstens, die onder Europees Strafrecht drie componenten verstaat: 1. de strafrechtelijke samenwerking; 2. de mensenrechten voortvloeiend uit het EVRM; 3. De doorwerking van het communautaire recht, zie G.J.M. Corstens, *Europees strafrecht*, in: *Rede en Recht, Liber amicorum Nico Keijzer*, Deventer 2000, p.11-25.

20. A.A.M. van Agt, *Naar een extravert strafrecht*, Inaugurele rede, Katholieke Universiteit Nijmegen 1969.

21. Zie Aanb. Kamerstukken II, 1978-1979, nr.1261. A. Weyemberg, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles 2004, p.14-15.

1904 tot 28 augustus 1954 (50 jaar); tot 8 augustus 1975 (21 jaar); tot 20 december 1988 (13 jaar); tot 10 maart 1995 (bijna 7 jaar); tot 21 mei 1997 (2 jaar); tot 25 mei 2000 (3 jaar); tot september 2003 (3 jr 4 maanden). Het lijkt er in eerste instantie dus op alsof de verdragsproductie sinds enige jaren afneemt. Dit is niet het geval. Er worden nu meer en meer Europese rechtsinstrumenten in andere vorm aangenomen. Met het monnikenwerk om al die gemeenschappelijke optredens, standpunten, aanbevelingen, besluiten en kaderbesluiten in kaart te brengen ben ik wel begonnen, maar nog lang niet klaar. Niet alleen de Europese Unie, maar ook andere organisaties, zoals de Verenigde Naties, hebben bijgedragen aan een geleidelijke verschuiving van het primaat van strafwetgeving van nationaal naar bovennationaal.

Mijn inschatting is dat deze ontwikkeling zal doorzetten en dan met name binnen Europa. De verklaring daarvoor moet worden gezocht in de eerder genoemde maatschappelijke rol van het strafrecht en het zeer hoge voetstuk waarop de lidstaten van de Europese Unie het hebben geplaatst: Het Verdrag betreffende de Europese Unie bepaalt in artikel 29 dat het "het doel (is) van de Unie de burgers in een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid een hoog niveau van zekerheid te verschaffen." Deze ambitie kan worden gekenschetst als de codificatie van de veiligheidsutopie die Boutellier zo treffend beschreef.²² Zij koppelt het maatschappelijk gevoelen aan juridische mogelijkheden en zal zo bepalend zijn voor de plaats van het strafrecht in de Europese samenleving en de verhouding tussen nationaal strafrecht en uniStrafrecht. Het verdrag versterkt ook de consumentenachtige claim van de burger op veiligheid rechtstreeks naar de (Europese) overheid.²³ Anders dan in de tijden van Van Agt en Giscard d'Estaing (in zijn eerste politieke leven) staat het nationale strafrecht thans onder druk omdat het geen effectief middel blijkt in de *uitroeiing* van criminaliteit. Soevereiniteit wordt daarbij gezien als een belemmering van die effectiviteit.²⁴ Enigszins pessimistisch moet worden verwacht dat de politiek geen weerstand kan bieden aan de druk meer en meer over te hevelen naar het uniStrafrecht. Vervolgens zal dat de druk versterken op de Unie om meer handhaving in eigen hand te nemen. Uit het Verdrag van Maastricht vloeit aldus een toegenomen belang van het strafrecht in de samenleving voort, en wel van Europese snit.²⁵

Is het strafrecht bij de Unie in juiste handen? Het antwoord op die vraag moet momenteel ontkennend luiden. Er zijn immers vele voorbeelden te geven van wetgeving op Unieniveau zonder aantoonbare noodzaak (tot Europese regelge-

22. Zie voorts H. Boutellier, *De veiligheidsutopie*, 2^e druk 2003, p.47. Deze ruimte keert in dezelfde definitie terug in de artikelen 41 en III-158 van de Ontwerp grondwet voor Europa.

23. Dat roept de vraag op of er voor de burger nog een eigen rol (plicht) is weggelegd in het scheppen van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid. Ook hier een verschuiving: in het Verdrag van Amsterdam heette het nog dat Europa dichter bij de burger, nu (in de Grondwet voor Europa) moet de burger dichter bij Europa worden gebracht.

24. Zie bijvoorbeeld C. Rijken, *Trafficking in Persons*, diss. Universiteit van Tilburg 2003, p.9.

25. De Europese versie geeft voeding aan de onveiligheid. Zie Ralf Dahrendorf, *De Volkskrant* 16 april 2004, p.13.

ving). In 1997 werd kort na de arrestatie van Dutroux een Gemeenschappelijk Optreden afgekondigd dat zich mede richt op de bestrijding van internationale netwerken van kindermisbruik. In de thans lopende strafzaak blijft van die grensoverschrijdende component niets over.²⁶ Ooit begonnen als ontwerp van maatregelen na de aanslagen van 11 september heeft de EU een Europees aanhoudingsbevel ingevoerd omdat o.a. te veel uitleveringen zouden worden geweigerd en de dubbele strafbaarheid eraan in de weg zou staan. Er zijn nimmer gegevens over grote aantallen weigeringen geproduceerd. Er is wetgeving ten aanzien van niet bestaande problemen.²⁷ Het rechtsvergelijkend onderzoek dat door de Europese Unie somtijds wordt verricht ter ondersteuning van een voorstel tot wetgeving of tot het volgen van de implementatie van wetgeving voldoet niet aan de eisen die daaraan mogen worden gesteld. Het blijft steken op een niveau van normatieve vergelijking zonder de context en de werkelijke handhaving erin te betrekken.²⁸ Het fenomeen van het scoreboard, waarbij de lidstaten moeten melden wanneer ze regelingen hebben goedgekeurd, geïmplementeerd en welke autoriteit met de handhaving zijn belast, doet in meerdere opzichten denken aan de vijfjarenplannen van de Sovjet-Unie. Ook die werden formeel altijd gehaald maar verhulden de werkelijkheid. De toename van de betekenis van de EU voor het strafrecht zou mijns inziens moeten samengaan met reëel inzicht in Europese criminaliteit. Fijnaut heeft eerder al opgeroepen tot een Europese onderzoeksruimte.²⁹ Voorzover hij daarmee bedoelt dat er meer Europees rechtsvergelijkend en Europees criminologisch onderzoek dient te komen ter voorbereiding, ondersteuning en toetsing van beleid lijkt me dat een juiste keuze.³⁰ In dat verband is de afwezigheid van een Europees WODC een groot gemis.³¹

De Unie normeert wel de handhaving, maar uitsluitend in haar repressieve functie, en niet in haar machtskritische betekenis. Dat leidt tot een scheefgroei ten koste van zowel de handhaving als de rechtsbescherming. Dat is naar mijn mening een groot probleem: Niet de Europese herkomst van de wetgeving, maar de kwaliteit en de kwantiteit van Europese strafrechtelijke wetgeving zijn een bron van aanhoudende zorg. De wetgevingsmachine van de Unie maakt het uniestrafrecht

26. Zie A. Weyembergh, p. 344: "les grandes difficultés auxquelles sont confrontés les travaux de rapprochement des législations pénales accroissent la tentation de suivre l'événementiel et d'exploiter les drames de l'actualité pour obtenir le consensus nécessaire, ce qui favorise le recours à des définitions larges négociées et adoptées dans l'urgence, sans réflexion approfondie."

27. A.H.J. Swart, Een ware Europese rechtsruimte, Oratie Amsterdam 2001, p.29. Swart werpt tevens de vraag op of er geen samenhang bestaat met de werkelijke bereidheid van de lidstaten om de samenwerking tot een succes te maken.

28. Over de methode van onderzoek en strafrechtsvergelijking C.J.C.F. Fijnaut, Rechtsvergelijking en strafrecht(swetenschap): enkele methodologische beschouwingen, Preadvies voor de Nederlandse vereniging van rechtsvergelijking, no.61, Kluwer 2001.

29. Zie Fijnaut, preadvies, p.88.

30. C. Fijnaut, De Europese Unie: een luthof voor (strafrechtelijke) rechtsvergelijking, Deventer 2001; idem De uitbreiding van de Europese Unie en de strafrechtsvergelijking, in: De meerwaarde van de rechtsvergelijking: Opstellen aangeboden aan prof. mr. H.U. Jessurun d'Oliveira, p.201-213.

31. Wel is er een Europees Waarnemingscentrum voor Drugs en Drugsverslaving en één voor Racisme en Vreemdelingenhaat.

tot een steeds ingewikkelder en ontoegankelijker rechtsgebied. De Europese rechtsstaat is het beste af met een wetgevingspauze. Ik heb al vaker bekritiseerd, zonder enig merkbaar succes overigens, dat er geen reflectie is en niet wordt afgewacht wat het effect van een bepaald instrument is.³² Als recent voorbeeld van dit patroon noem ik het ontwerp Kaderbesluit Europees bewijsverkrijgingsbevel. Hierin worden EU-verdragen uit 2000 en 2001 al weer vervallen verklaard, nog voordat zij inwerking zijn getreden. En ook het eerder genoemde Dutroux-besluit is al weer vervangen door een nieuw kaderbesluit van december j.l.³³

De activiteiten van de Europese Unie op het terrein van het strafrecht vertonen, en ik zou haast zeggen: hoe kan het ook anders met die Maastrichtse wortels?, vertonen een nogal probleemgestuurd karakter. Maar integenstelling tot het Maastrichtse facultaire onderwijs is de systematiek en samenhang er moeilijk in te herkennen. Snel symbolisch handelen wordt belangrijker geacht dan goed door-dacht en effectief handelen. In mijn ogen werkt het uniestrafrecht tot dusver ave-rechts en zijn de daadwerkelijke rechtshandhaving en de rechtswaarborgen van de burger hiervan de dupe. Een Duitse collega typeerde dit als Systemschutz-Strafrecht: "Am Horizont taucht also ein europaweites symbolisches Strafrecht und eine symbolische Strafjustiz auf, alles als Ausdruck des Unvermögens einer Politik, die für strukturelle gesellschaftliche Reformen keine Kraft mehr hat."³⁴ Hij bedoelt daarmee dat het gebruik van het strafrecht voor politieke doeleinden wel leidt tot het bestendigen van het politieke bestel maar niet tot enig reëel ge-bruik van het strafrecht. Ik voeg daaraan toe dat dit het gevaar impliceert dat de aldus concipieerde papieren rechtsorde feitelijk niet meer bruikbaar is in de prak-tijk en dat handhaving op vrij willekeurige wijze zal plaatsvinden. Dat kan het vertrouwen in de beschermende functie van de rechtsstaat slechts beschamen.

Hoe nu verder? Wat zou tot het strafrecht van de Europese Unie kunnen beho-ren?

Bij gelegenheid van de opening van Eurojust, vandaag precies één jaar geleden, heeft de Nederlandse Minister van Justitie voorgesteld een speciale Europese competentie te scheppen voor bepaalde grensoverschrijdende delicten en de rest nationaal te laten.³⁵ Kort gezegd is zijn standpunt dat het geen zin heeft het gehele

32. A.H. Klip, *Amsterdams uniestrafrecht*, NJB 1998, p.811-816; *Neuere Entwicklungen im europäischen Strafrecht und in der europäischen Zusammenarbeit in Strafsachen*, in: 22. Strafverteidigertag vom 20.-22. März in Erfurt, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Köln 1999, p.39-54. Zie ook C.J.C.F. Fijnaut, *De strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap tegen fraude*, DD 2000, p.972-988.

33. Kaderbesluit van 22 december 2003 ter bestrijding van seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, PB 2004, L 13/44.

34. P.-A. Albrecht, *Europäischer Strafrechtsraum: Ein Albtraum?*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2004, p.1-4.

35. Enkele dagen later is dat standpunt herhaald in de notitie *Een Europese strafrechtelijke ruimte van 9 mei 2003 van de Staatssecretaris voor Europese Zaken*, kenmerk DIE-258/03.

strafrecht te harmoniseren omdat 90% van de criminaliteit slechts nationale raakvlakken heeft.³⁶ Het voorstel van de Minister was nog niet gedetailleerd uitgewerkt maar is op zijn minst zeer interessant. Zeker in het licht van de discussie omtrent de Grondwet voor Europa en het aanstaande Nederlandse voorzitterschap van de EU mogen immers nader initiatieven worden verwacht.

Een verdeling tussen Europees en nationaal strafrecht veronderstelt mijns inziens een compleet Europees strafstelsel, dus met Europese strafrechter, Europees Openbaar Ministerie, Europese politie, alles gebaseerd op Europese wetgeving en gecontroleerd door een vrijgekozen Europees Parlement. Als we dit doen vergt dit een conceptualisering van wat Europees en wat nationaal zou moeten zijn.³⁷ Dat is innoverend, en betreft een discussie die Nederland als EU-voorzitter vanaf 1 juli aanstaande zou kunnen inleiden. De vorige maand uitgebrachte notitie van de Minister van Justitie over de dubbele strafbaarheid bouwt echter niet voort op de vorig jaar uitgesproken gedachte van afbakening.³⁸ De regering houdt hierin vast aan de voorwaarde van dubbele strafbaarheid in de samenwerking met andere lidstaten voor zover het gaat om feiten die in Nederland zijn begaan: dat wil zeggen dat als het feit in Nederland is begaan en hier niet strafbaar is, Nederland geen rechtshulp kan leveren.

Ik zou daar een ander model tegenover willen stellen dat er als volgt uit zou kunnen zien: Als het punt is dat het buitenland geen rechtsmacht zou mogen claimen over wat hier niet strafbaar is, doch wel hier gepleegd, dan zou de beperking van rechtsmacht het leidende beginsel moeten zijn. Dat leidt tot een geheel andere regel: Rechtsmacht binnen de Europese Unie dient dan enkel gevestigd te worden op het eigen grondgebied.³⁹ Duitsland kan dan het drugsgebruik in Nederland door een Duitse onderdaan niet langer vervolgen. Maar het betekent ook dat indien de Grieken het noodzakelijk achten het opschrijven van registratienummers van vliegtuigen strafbaar te stellen wij in Nederland hen bij de opsporing en vervolging zullen helpen.⁴⁰ Dat verlangt veel vertrouwen, maar biedt geweldige voordelen voor zowel de rechtshandhaving als de rechtsbescherming. Steeds is duidelijk welke staat geroepen is om te handhaven. De huidige overlappende rechtsmacht leidt immers tot een voortdurende discussie tussen lidstaten over de strafwaardigheid van bepaald handelen en over de te voeren de strafrechtspoli-

36. Zie ook al Ch.J. Enschedé, *Een Uniform Europees Strafrecht?*, rapport voor de Raad van Europa 1971, herdrukt Arnhem 1990.

37. Ik onderschrijf het standpunt van de regering dat een heldere afbakening nodig is. Kamerstukken II, 2003-2004, 28473, nr.35, p.4.

38. Notitie Het vereiste van dubbele strafbaarheid in het Nederlandse strafrecht, Kamerstukken II, 2003-2004, 29451, nr.1; Voorstel voor een kaderbesluit betreffende het Europees Bewijsverkrijgingsbevel ter verkrijging van voorwerpen, documenten en gegevens voor gebruik in strafprocedures, 25 november 2003, 15221/03.

39. Of voor extraterritoriale strafvordering een vergelijkbare noodzaak bestaat is nog maar de vraag.

40. Een dergelijke benadering doet ook meer recht aan het legaliteitsbeginsel.

tiek.⁴¹ Als we de dubbele strafbaarheid afschaffen en de rechtsmacht tot het eigen grondgebied beperken kan bovendien beter worden voortgebouwd op het netwerk van internationale samenwerking in strafzaken.⁴² Dat stelsel van de Raad van Europa heeft immers één belangrijk thema nooit weten te incorporeren: een regeling van rechtsmachtconflicten.⁴³ De uitbreiding van rechtsmacht over de eigen landsgrenzen heen is ooit ontstaan uit de bekommernis dat de verdachte de dans zou kunnen ontspringen en daarom steeds in eigen land ter verantwoording zou moeten kunnen worden geroepen, niet om de strafrechtspolitiek van een ander land te corrigeren. Uiteindelijk gaat het om een betrekkelijk klein aantal delicten waar verschil van opvatting over bestaat. De meeste strafbare feiten zijn door de hele Unie in enigerlei vorm strafbaar gesteld. Daar waar er dan nog verschillen zijn, zullen die wel er toe doen.

De zojuist door mij gepresenteerde afbakening betreft de verhouding tussen de verschillende lidstaten. Zij zegt nog niets over moeilijke gevallen, waarvan de locus delicti niet eenduidig binnen één staat kan worden gelegd.⁴⁴ Die gevallen zouden op Unieniveau geregeld kunnen worden. We zullen derhalve criteria dienen te formuleren voor wat op Europees niveau gehandhaafd zou moeten worden.

In haar notitie "Een Europese strafrechtelijke ruimte" van een jaar geleden stelde de regering het volgende: "Een effectieve bestrijding van criminaliteit tegen de belangen van de Unie (vervalsing van de Euro en fraude gericht tegen de financiële belangen van de Gemeenschap) en van ernstige grensoverschrijdende criminaliteit, die nader zal moeten worden bepaald maar die kan variëren van smokkel van (il)legale goederen of van personen tot aantasting van het milieu zal op den duur dan ook een eigen homogene jurisdictie vergen die niet doorsneden wordt door nationale grenzen."⁴⁵

In feite appelleert de Minister van Justitie aan criminologische inzichten met betrekking tot de verschijningsvormen van criminaliteit en dan met name aan de vraag of de betreffende delicten grensoverschrijdend zijn.⁴⁶ Dat lijkt me de juiste

41. Dan kan Nederland ook afstand nemen van de nogal verdedigende en afwachtende houding ten aanzien van initiatieven omtrent Europees strafrecht. Zie bijvoorbeeld de Nederlandse regering in haar notitie Strafrecht en strafprocesrecht in Europa, Kamerstukken II, 1998-1999, 26656, nr.1, voorts P.H.P.H.M.L. van Kempen, Waarborgen tegen de onwrichtende werking van Eurostrafrecht, Glijdende schalen, de Hullubundel, p.247-266.

42. A.H.J. Swart, Goede rechtsbedeling en internationale rechtshulp in strafzaken, oratie Deventer 1983.

43. Pogingen om het probleem door middel van een rangorde van rechtsmachtsbeginselen te regelen mislukten, maar leidden wel tot een zeer lezenswaardige studie: Council of Europe, Extraterritorial Jurisdiction. Daarmee zou de Europese Unie eindelijk ook werk maken van de zelf gegeven opdracht om jurisdictieconflicten te voorkomen, gegeven in artikel 31 onder c EU Verdrag.

44. Afgezien van het nog te behandelen probleem dat er niet één visie is op locus delicti-leren, zie H.D. Wolswijk, Locus delicti en rechtsmacht, diss. Utrecht 1998.

45. Notitie 9 mei 2003.

46. Zie ook reeds al D. van Eck, Het universele karakter van het strafrecht, opstellen over recht en rechtsgeschiedenis, aangeboden aan D. Hermesdorf, Kluwer 1965, p.149-150: "De ontwikkeling

weg. Ik acht de tot dusver gevoerde methode: eerst een organisatie oprichten: Europol, het Europees OM, dan wel strafbaarstellingen invoeren die worden afgeleid uit feitelijke problemen die kort voor een Europese top in het nieuws zijn niet bijzonder doordacht. Dat beïnvloedt immers enkel de beeldvorming, niet het werkelijke recht.

De afbakening moet in het materiële strafrecht worden gezocht, niet in de voorwaarden voor samenwerking. Om die reden dient de keuze voor bepaalde delicten die deel uit zullen maken van het Europese strafrecht aan een aantal voorwaarden te voldoen. Welke nu zijn die voorwaarden? Naar mijn mening zijn er drie cumulatieve voorwaarden:

1. het strafbare feit heeft naar zijn verschijningsvorm een grensoverschrijdend karakter;
2. de voorkoming, opsporing en berechting van een dergelijk feit ontmoet op nationaal niveau meer moeilijkheden dan op Europees niveau;
3. het strafbare feit is gerelateerd aan een Europees beleidsterrein.⁴⁷

Het gaat hier om feiten met een *locus delicti* in meer dan één staat, waardoor niet automatisch één bepaalde staat als de meest geschikte wordt aangewezen. Te denken valt onder andere aan het douanestrafrecht, subsidiefraude, witwassen, vrouwen- en mensenhandel en handel in drugs en wapens. De tweede voorwaarde heeft te maken met efficiency. Als het weliswaar om een zaak met grensoverschrijdende aspecten gaat maar nationale opsporingsdiensten het betreffende eenvoudig afkunnen, is er geen reden voor Europese bemoeienis.⁴⁸ Het derde element dient ertoe te bewerkstelligen dat de verschillende handhavingsmodaliteiten in samenhang worden gezien, maar onderstreept ook de subsidiariteitsgedachte.

Natuurlijk zullen er verdachten komen die bij het beramen en plegen van misdrijven een dergelijke competentieverdeling niet nauwgezet zullen volgen. Er zullen feitencomplexen ontstaan waarbij door verdachten Europese en nationale strafbare feiten worden begaan. Het aan de overdracht van strafvervolgning ontleende

naar een internationaal strafrecht, in zoverre dit hetzij bij de inhoudgeving der normen, hetzij bij de handhaving der normen gedeeltelijk de taak van het nationale gezag gaat overnemen, zal een ontwikkeling moeten zijn, die beslist wordt door het criterium, welk organisatorisch verband der samenleving het strafrecht op de meest verantwoorde wijze zal handhaven. Daarbij zal echter rekening mee moeten worden gehouden, dat de uitvoering van het strafrecht slechts één van de vele taken is, die aan het samenlevingsverband der mensen zijn opgedragen. De beslissing omtrent de verdeling van strafrechtelijke competenties mag dus nooit geschieden naar criteria, die louter en alleen betrekking hebben op de uitoefening van het strafrecht. Het belang van een goede handhaving van het strafrecht zal moeten worden gezien in het gehele verband van de taken, waarvoor de menselijke samenleving zich ziet gesteld."

47. Zie mijn *Conditions for a European Corpus Juris Criminalis*, in Michael Faure, Jan Smits and Hildegard Schneider (eds.) *Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research*, Intersentia 2002, p.111. De normgeving is hier vaak communautair. Zie J.A.E. Vervaele, *Handen en tanden van het gemeenschapsrecht*, oratie Utrecht 1994, p.36.

48. Zie Kamerstukken I, 2003-2004, 28350 (R1720) en 28351, B, p.2.

beginsel van goede rechtsbedeling kan ook hier bepalend zijn voor het vinden van het geschikste forum van berechting.⁴⁹

Aldus leidt de Europese rechtsruimte tot drie redelijk goed afgebakende rechts-sferen: nationaal, Europees en buiten de Europese Unie.⁵⁰ Ik voel dus wat minder voor de plannen van de Europese Commissie tot oprichting van een Europees Openbaar Ministerie als verwoord in het Corpus Juris. Dat vestigt een hybride systeem, dat het midden houdt tussen nationale en Europese handhaving.⁵¹ De voorgestelde artikelen III-171 e.v. van de Ontwerp Grondwet voor Europa versterken dat hybride karakter en bieden geen nieuwe benadering. Vergelijkbare bezwaren bestaan tegen de Amerikaanse oplossing waar de afbakening tussen federaal en staats-strafrecht niet helder is en nogal wat jurisdictieconflicten voorkomen.⁵² Als we beslissen om een nieuw Europees strafrechtelijk stelsel in te voeren is de Europese invloed op nationaal strafrecht veel geringer.⁵³ En vervalt bovendien zo het bezwaar dat nationale prioriteiten zouden kunnen worden door-kruisd indien meer hiërarchische bevoegdheden aan Europol of Eurojust zou worden gegeven.⁵⁴

Het is niet alleen rozegur en maneschijn in een dergelijk perspectief. Aan een eigen Europees stelsel zijn onvermijdelijk ook nadelen verbonden. Er worden nieuwe organen gecreëerd, hetgeen leidt tot een toename van informatiestromen. Ook moet een dergelijk stelsel psychologisch aanvaard kunnen worden door nationale rechtshandavingsdiensten.⁵⁵ Een nieuwe instelling mag niet als bedreigend of als concurrent worden aanvaard en zo verstoken blijven van informatie. De weinig florissante positie van Europol stemt in dat opzicht pessimistisch.

49. A.H.J. Swart, Goede rechtsbedeling en internationale rechtshulp in strafzaken, oratie Deventer 1983.

50. Zie ook de Minister van Justitie, Kamerstukken I, 2003-2004, 28350 (R1720) en 28315, B, p.4.

51. Ten aanzien van het voorstel voor een Europees Openbaar Ministerie is dat nadrukkelijk door de Nederlandse regering zo genoemd, zie Kamerstukken I, 2003-2004, 28350 (R1720) en 28351, B, p.2.

52. Enschedé wees in 1971 de American Model Penal Code al af als voorbeeld voor een European Model Penal Code, zie Arnhem 1990.

53. In verschillende eerdere notities over Europees strafrecht heeft de regering opsommingen gegeven van Nederlandse beginselen waaraan niet geschoort mocht worden. Zie Notitie betreffende de verhouding gemeenschapsrecht – strafrecht, Kamerstukken II, 1991-1992, 22300 VI, nr.39; Notitie Strafrecht en strafprocesrecht in Europees verband, Kamerstukken II, 1998-1999, 26656, nr.1.

54. De Minister van Justitie wees hier terecht op in zijn Eurojust-speech van 29 april 2003.

55. Zie A.H. Klip, Geïntegreerde bescherming van de financiële belangen van de EG; verschuiving van de staat-staat-benadering naar verticalisering van de procedure?, in: J.A.E. Vervaele (ed.), Transnationale handhaving van de financiële belangen van de Europese Unie, Intersentia 1999, p.99-111.

Wat betekent deze stand van zaken voor de harmonisatie en wederzijdse erkenning?

Voor het door mij gekozen model van een Europees strafrecht voor bepaalde delicten en voorts een nationaal strafrecht voor andere delicten is harmonisatie van nationaal strafrecht niet noodzakelijk. De huidige harmonisatie van het strafrecht is reeds vaak en terecht bekritiseerd. Zij start vanuit de onzuivere premisse dat de dubbele strafbaarheid in de weg staat aan de strafrechtelijke samenwerking. De gekozen methode werkt averechts. De werkelijke invloed van het harmonisatiemodel is tot dusver daarom gering, zo niet afwezig.⁵⁶ Dat heeft ten eerste te maken met het karakter van compromiswetgeving. Instrumenten zijn dikwijls nogal vaag en onverbindend geredigeerd. Aan elke lidstaat wordt een ruime vrijheid gelaten de instrumenten uit te leggen. Dat geïmplementeerd moet worden is de tweede reden voor het uiteenlopen van de handhaving in de lidstaten. In de nationale uitvoeringswetgeving kan een lidstaat die in het Europese onderhandelingsproces het onderspit heeft gedolven achteraf alsnog zijn gelijk halen door de implementatieverplichtingen "nogal nationaal" te interpreteren.⁵⁷ De derde reden bestaat uit het ontbreken van een gemeenschappelijke rechter. De daadwerkelijke rol van het Hof van Justitie bij de uitlegging van kaderbesluiten in prejudiciële vragen moet nog worden vastgesteld. De vierde reden is het gebruik van de verschillende authentieke talen. Dat leidt tot situaties waarin in de uiteindelijke handhaving grote verschillen bestaan in de lidstaten. Overmorgen zal de Europese Unie groeien van 15 naar 25 staten, van 375 miljoen inwoners naar 450 miljoen inwoners. Die grootte maakt het vinden van een gemeenschappelijke noemer nog moeilijker dan nu. De samenbindende kracht van harmonisatie zal nog verder afnemen.

Uitgaand van gescheiden rechtssferen: Een Europese ten aanzien van specifieke Europese delicten en diverse nationale jurisdicties ten behoeve van nationale delicten is zonder extraterritoriale rechtsmacht aan de voorwaarde van dubbele strafbaarheid geen nadere behoefte. Daarmee ontvalt een reden voor harmonisatie van het materiële strafrecht. Naar mijn inschatting zou harmonisatie echter voor meer formeelrechtelijke aspecten nog een rol kunnen vervullen. Dat vergt enige uitleg.

Als de lidstaten van elkaar accepteren dat de uitoefening van rechtsmacht exclusief is, zal dit een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan een onvoorwaardelijke wederzijdse erkenning van bevelen tot overlevering van personen en bewijsstukken en andere beslissingen. In een stelsel van onvoorwaardelijke erkenning vallen die scheidsmuren tussen de strafrechtssystemen van de lidstaten weg.⁵⁸ Om te

56. Zie bijv. T. VanderBeken, *From Brussels with Love, Bespiegelingen over de invloed van de Europese Unie op het Belgisch strafrecht*, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 2002. Zie Weyembergh, p.336.

57. Zie Weyembergh, p. 342.

58. A.H.J. Swart, *Een ware Europese rechtsruimte*, oratie Amsterdam, Deventer 2001, p.24.

komen tot een volledig vrij verkeer zullen nog enkele bezwaren uit de weg moeten worden geruimd. Zo verschillen de voorwaarden om over te gaan tot aanhouding van verdachten van lidstaat tot lidstaat. Dat zet een lidstaat die daaraan zwaardere eisen stelt onder druk. Vergelijkbare problemen kunnen zich voordoen bij de toepassing van andere dwangmiddelen en het verkrijgen van bewijs. Het naar elkaar toe laten groeien van de voorwaarden waaronder bijvoorbeeld doorzoeking of inbeslagneming kan plaatsvinden zal de bezwaren tegen erkenning van een buitenlands bevel wegnemen.

Dergelijke constatering tonen de noodzaak aan van een conceptualisering van het beginsel van wederzijdse erkenning. Wat is het nu precies dat erkend dient te worden? Dat aan de materiële voorwaarden om een dwangmiddel toe te passen is voldaan? Dat een bepaalde autoriteit zulks heeft vastgesteld? Dat het aangezochte land de procedureregels voor de bewijsverkrijging van de verzoekende staat toepast? En waarom zou een verplichte uitvoering van een buitenlands verzoek prioriteiten in de eigen strafrechtspleging mogen doorbreken? Kortom: het begrip dient van een concept te worden voorzien.

In de huidige situatie bepaalt de initiatiefnemende staat dat een andere staat iets dient te erkennen. Waarom zou in een stelsel van *wederzijdse* erkenning een staat die vervolgt voorrang dienen te krijgen op een staat die besloten heeft geen gevolg te geven aan de gedraging? Met de beperking van de rechtsmacht komt een dergelijke vraag niet meer aan de orde.

Hoe zou Europees strafrecht eruit moeten zien?

Hiervoor heb ik gesproken over de afbakening tussen Europees en nationaal strafrecht, maar nog niets gezegd over de vormgeving van het Europese strafrecht. Hoe zou dat eruit kunnen zien?

In wezen liggen twee methoden voor de hand om te bepalen hoe Europees strafrecht en strafprocesrecht vorm en inhoud zouden moeten worden gegeven. Op dit niveau dienen we ook aan het strafprocesrecht te denken omdat het immers gaat om de schepping van een nieuw stelsel. De eerste methode is de systematiek af te leiden uit wat de Europese Unie al aan strafwetgevende arbeid heeft verricht. De tweede is het gemeenschappelijke af te leiden uit de strafrechtelijke tradities van de lidstaten. Beide exercities zullen allesbehalve gemakkelijk zijn. Dat is niet verwonderlijk. Het zou ook pas de derde keer zijn sinds de jaartelling dat in Europa gestreefd wordt naar een gemeenschappelijk strafrecht. Na het Romano-canonieke strafrecht en de Code Pénal van Napoleon zijn de omstandigheden nu fundamenteel anders.

Wat betekent het als we proberen af te leiden wat het gemeenschappelijke is uit de rechtsinstrumenten die de Unie tot dusver heeft aangenomen? Het materiële

deel van het uniëstrafrecht laat zich tot dusver kenschetsen als risicostrafrecht.⁵⁹ De werkelijke gedraging van de dader doet er niet zoveel toe, het gaat om de positie of verantwoordelijkheid die de dader inneemt (zorgplichtschending). Wellicht speelt het voortbouwen van de EU op het economisch orderingsrecht van de interne markt hier een bepalende rol. De instrumenten van de Europese Unie bevatten elementen van wat in alle rechtsstelsels behoort tot het algemeen deel. Aangezien daar op Unieniveau niet systematisch over is nagedacht zijn het veel losse brokjes. Zij zeggen iets over hoe de Unie daderschap en deelneming definieert, alsmede op welke wijze een delictsomschrijving moet worden vormgegeven. Vrijwel zonder uitzondering gaat het om zeer ruim gedefinieerde deelnemingsvormen. Het vereiste opzet wordt geobjectiveerd vanuit de verschijningsvorm van de gedraging (art.1 lid 4 EG Fraude Conventie). Voorts dient te worden voorzien in de aansprakelijkheid van rechtspersonen en de formele en feitelijke leidinggevers aan die rechtspersonen (art.6 Kaderbesluit seksuele uitbuiting van kinderen en kinderporno). Als strafbaarheid gevestigd kan worden op de bevoegdheid een rechtspersoon te vertegenwoordigen, namens de rechtspersoon beslissingen te nemen of op de bevoegdheid tot uitoefening van toezicht op de rechtspersoon, wordt de betekenis van strafuitsluitingsgronden sterk verminderd. In de beoordeling van de toerekening aan de dader ligt al een oordeel over de eventuele toepasselijkheid van strafuitsluitingsgronden besloten. Daarnaast zijn er, met name uit de preambules, ook enkele strafrechtspolitieke elementen waar te nemen die hun invloed op het materiële strafrecht kunnen uitoefenen: de EU streeft het definitief uitschakelen van crimineel gedrag (of zelfs van criminelen) en voorkoming van recidive als norm na.

Deze methode levert weinig inzichten op voor het te ontwikkelen strafprocessuele stelsel. Het derde-pijler-acquis bevat nog betrekkelijk weinig bepalingen van meer strafprocessuele aard. Dat is logisch omdat tot dusver de handhaving nationaal is. De nadruk ligt hier vooral op het harmoniseren en faciliteren van de samenwerking.

In de eerste methode om te bepalen wat Europees strafrecht zou kunnen zijn heb ik dit gedaan door uit bestaand EU-recht één en ander af te leiden. In de tweede methode wordt het Europese strafrecht gedestilleerd uit de strafrechtelijke tradities van de lidstaten.⁶⁰ Ook hier zijn eerder het algemeen deel van het strafrecht (dus legaliteit, daderschap en deelneming, opzet en schuld, etc) en het strafprocesrecht van belang dan de specifieke strafbaarstellingen.⁶¹ Artikel 6 EU-Verdrag biedt een grondslag om een en ander af te leiden uit de culturele tradities van de

59. Een ontwikkeling die zich zeer sterk voordoet in de rechtspraak van internationale strafhoven.

60. Een dergelijke deductiemethode vergelijkbaar is met wat bij harmonisatie gebeurt. Visueel zou je kunnen zeggen dat het afleiden van beginselen uit de stelsels van verschillende landen een soort trechter-methode is. In de klassieke harmonisatie hanteert men de trechter daarentegen op zijn kop.

61. Zie bijvoorbeeld W. Bottke, *Die Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems*, in: *Bausteine des europäischen Strafrechts*, Coimbra-Symposium für Claus Roxin, 1995, p.235-246.

lidstaten. Daarnaast is er rechtspraak van het Hof van Justitie over de grondwettelijke en nationale tradities van de lidstaten en zijn algemene beginselen van het gemeenschapsrecht ontwikkeld.⁶²

Wat levert zo'n eerste inventarisatie van de strafrechtelijke tradities op? Allereerst de grondrechten die in het strafrecht van belang zijn. Hier bestaat dankzij de harmoniserende rol van het EVRM een enigszins overeenkomend beeld. Als we een zelfde methode ook toepassen op andere aspecten van het strafrecht zal een veel gevarieerder beeld ontstaan.⁶³

Er zijn nogal wat rechtsculturele verschillen die het zoeken naar het gemeenschappelijke bemoeilijken. Min of meer eenvormige regels kunnen nogal verschillend worden geïnterpreteerd. Zo zal het legaliteitsbeginsel, de regel dat geen feit strafbaar is dan op grond van een voorafgaande wetsbepaling, leiden tot verschillende interpretaties omtrent de eisen die aan de helderheid van de norm kunnen worden gesteld (*lex certa*). Rechtscultuur zegt ook iets over de perceptie van het recht van de ander. Zo is de kritiek van landen met een opportuniteitsbeginsel in de opsporing op landen met een legaliteitsbeginsel veelal dat dit laatste leidt tot starheid en bovenmatig gebruik van het strafrecht, terwijl omgekeerd het opportuniteitsbeginsel ervan wordt beschuldigd te leiden tot willekeur. Beide stelsels hebben in werkelijkheid de scherpe kantjes van hun systeem afgehaald en daarmee de kritiek ondervangen. De in Nederland gevoerde discussie over minimumstraffen is een ander voorbeeld van de gevaren bij het interpreteren van vreemd recht. Deze werd gevoerd vanuit de Nederlandse optiek van een starre tenuitvoerlegging van straffen (steeds wordt 2/3 tenuitvoergelegd). De landen die minimumstraffen kennen hebben daarentegen allerlei uitzonderingen op de minimumstraf geformuleerd. Frankrijk heeft de minimumstraf geheel uit het wetboek gehaald omdat het ertoe leidde dat rechters voor minder zwaar bestrafte delicten gingen veroordelen om onder de oplegging van een naar hun ogen te zware straf uit te komen.⁶⁴

Dit zijn slechts enkele voorbeelden maar zij tonen dat een zoektocht naar de grootste gemene deler zal leiden tot een heel nieuw stelsel, waarin geen enkel nationaal stelsel zich volledig in zal herkennen. Voor wat betreft de methode van ontwikkeling van nieuw strafprocesrecht kunnen de ervaringen van verschillende internationale strafhoven zeer leerzaam zijn.

62. Zie bijvoorbeeld: HvJ, 5 maart 1980, Ferwerda, C-256/78, Jur.1980, 623; HvJ, 13 november 1990, Fedesa, C-331/88, Jur.I-4057; HvJ, 4 oktober 1991, SPUC, C-159/90, Jur.1991, 4658; HvJ, 14 mei 1974, Nold, C-4/73, Jur.1974, 491; HvJ, 13 december 1979, Hauer, 44/79, Jur.1979, 3727; HvJ, 21 september 1989, Hoechst, C-46/87 en C-227/88, Jur.1989, 2859.

63. Er is natuurlijk meer strafprocesrecht dan het EVRM, zie M. Delmas-Marty, *Procédures pénales d'Europe*, Paris 1995.

64. A.M. van Kalmthout en P.J.P. Tak, *Ups en downs van de minimumstraf, Een verkennende studie naar het voorkomen van minimumstraffen in Frankrijk, België, Duitsland, Engeland en Wales*, Nijmegen 2003.

Er is nog een ander aspect van de vorming van een Europees strafstelsel dat bespreking behoeft en dat is de taal. In een gemeenschappelijk Europees strafrecht lijkt het me onontkoombaar dat er één rechtstaal zal zijn. Omdat taal tevens rechtstaal is leidt het gebruik van verschillende rechtstalen tot verschillende interpretaties. Door het gebruik van begrippen als *opzet* en *nalaten* in het Nederlands heeft dit automatisch een Nederlandsrechtelijke, zo u wilt een Belgischrechtelijke, uitleg tot gevolg. Een ieder die aan rechtsvergelijking heeft gedaan weet dan dat met *intent* en *omission* volslagen andere concepten worden binnengehaald, passend in een geheel eigen context. Waar de handhaving Europees, dus gemeenschappelijk wordt, kan voor de verschillen die uit een verschillend gebruik van talen voortvloeien geen plaats meer zijn. In haar streven naar integratie en harmonisatie werpt de Unie hier zelf een grote belemmering op door eraan vast te houden dat alle Europese talen als authentieke taal gelden.⁶⁵ Dat zijn er vanaf overmorgen 20!

Met de keuze voor één bepaalde taal kan een Europese rechtstaal groeien. Het ligt voor de hand dat de keus zal vallen op het Engels. Daarmee zou echter meteen een probleem kunnen ontstaan omdat mag worden verondersteld dat het meer gemeenschappelijke van de strafstelsels van de lidstaten in een civil law structuur ligt. De ervaringen in de verschillende internationale strafhoven laten zien dat er een geheel nieuw systeem ontstaat dat zijn eigen balans vindt ook al komen regels uit verschillende systemen. Het moet daarom echter mogelijk zijn de Europese rechtstaal Engels zich te laten losmaken van zijn specifieke nationale context. Zolang dat allemaal nog niet het geval is en strafrechtelijke handhaving zuiver nationaal is, is het Nederlands rechtstaal en daarmee tevens academische taal. Dat verlangt dat strafrechtelijk onderwijs en onderzoek in het Nederlands wordt bedreven, net zoals deze rede ook om die reden in het Nederlands wordt uitgesproken.

Europeanisering van het niveau van rechtsbescherming

In mijn exposé over afbakening van de rechtsmacht van de lidstaten en het opzetten van een Europese competentie in het strafrecht heb ik nog nauwelijks gesproken over de daarbij behorende mensenrechtelijke bescherming. Door de Europese Unie wordt nog wel eens vergeten dat transnationale rechtshandhaving eigen vragen van rechtsbescherming oproept. Allereerst situaties waarin staten strafrechtelijk samenwerken. De mensenrechtelijke bescherming is thans nog verzuild en nationaal. De aanpassing van de mensenrechtelijke bescherming aan grensoverschrijdende samenwerking is onverminderd noodzakelijk.⁶⁶ Orie omschreef dit reeds in 1983 in zijn fameuze opstel als de "systeembreuk in de inter-

65. Zie ook al W.C. van Binsbergen, *Integratie, Een revolutie?* Inaugurele rede Utrecht 1963, p.12.

66. Zie voor de positie van de grensoverschrijdende verdediging. T. Spronken, *A place of greater safety*, Bespiegelingen over een Europees Statuut voor de strafrechtsadvocaat, oratie Maastricht 2003.

nationale rechtshulp".⁶⁷ In de samenwerking in strafzaken ontberen de verdachte en andere betrokkenen in de meeste gevallen zowel de rechtsmiddelen in de verzoekende als in de aangezochte staat. In de verzoekende staat omdat daar moeilijk geklaagd kan worden over onrechtmatigheden die zich in het buitenland onder verantwoordelijkheid van buitenlandse ambtenaren hebben voltrokken. In de aangezochte staat is veelal geen rechtsingang omdat daar de strafzaak niet wordt gevoerd en rechtshulp vaak plaatsvindt op een tijdstip dat een verdachte nog niet weet dat hij voorwerp van een opsporingsonderzoek is. De weigering te erkennen dat er transnationale handhaving is, werkt de systeembreuk in de hand. In dat licht is het niet overdreven te stellen dat het vasthouden aan een zuiver nationale handhaving van het strafrecht (en het tegengaan van europeanisering van het strafrecht) de rechtsbescherming van verdachten en andere betrokkenen sterk benadeelt. Het instandhouden van twee systemen van rechtswaarborgen beperkt de werkelijke rechtsbescherming. In dit opzicht is één plus één nul.

De wederzijdse erkenning door lidstaten van elkaars handelen dient alle aspecten van de assistentie te bevatten en kan geen uitzondering maken voor de verantwoordelijkheid van de lidstaten voor elkaars handelen op grond van het EVRM. De staat die gebruik maakt van de diensten van een andere lidstaat dient de verantwoordelijkheid te dragen voor het geval mensenrechtenschendingen plaatsvinden. Voor samenwerkende staten leidt dat ertoe dat zij niet alleen de lusten maar ook de lasten van de buitenlandse hulp dienen te dragen. Daarmee kan afstand worden genomen van de betrekkelijke willekeur bij de huidige stand van zaken. Als de klager er al tijdig achter komt welke staten betrokken waren in een tegen hem gericht onderzoek dan moet hij vaak gokken tegen welke staat hij zijn klacht zal richten: de aangezochte of de verzoekende staat. ECRM en EHRM hebben een gemeenschappelijke verantwoordelijkheid steeds afgewezen.⁶⁸

Illustratief is de zaak Sari. Hierin wees het EHRM een klacht over schending van de redelijke termijn tegen Denemarken en Turkije af. Weliswaar had de totale procedure van overdracht van strafvervolgning en berechting ruim tien jaar belopen, maar elke staat droeg slechts verantwoordelijkheid voor de helft en dat was volgens het Hof individueel gezien niet onredelijk.⁶⁹ Het zou mijns inziens niet de verantwoordelijkheid van de klager moeten zijn om precies de respectievelijke verantwoordelijkheden van bij mensenrechtenschendingen samenwerkende staten vast te stellen. Waar het om gaat is dat het gezamenlijke optreden van de betrokken staten tegen hem onredelijk was. Op grond van artikel 1 (juncto de preambule) EVRM is het een gemeenschappelijke plicht van de staten partij bij het EVRM om schending van het verdrag te voorkomen. Ik zie dat als een soort hoofdelijke

67. A.M.M. Orie, De verdachte tussen wal en schip of de systeem-breuk in de kleine rechtshulp, in: Bij deze stand van zaken, bundel opstellen aangeboden aan A.L. Melai, Arnhem 1983, p.351-361.

68. Zie A.H. Klip, Die EMRK und die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen, bundel Universität Halle, ter perse en idem The Decrease of Protection under Human Rights Treaties in International Criminal Law, 68 *Revue Internationale de Droit Pénal* 1997, p.291-310.

69. EHRM, 8 november 2001, Sari tegen Denemarken en Turkije, 21889/93, par.91 en 99.

aansprakelijkheid. Voordat de strafprocedure als geheel wordt beoordeeld zou een burger bij elke betrokken staat rechtsmiddelen moeten kunnen instellen.

Waar de Europese Unie in de toekomst zelf aan strafrechtelijke rechtshandhaving gaat doen kan dat slechts op voorwaarde van toetreding tot het EVRM. Dat biedt rechtswaarborgen conform de tradities van alle lidstaten en aanzienlijk meer bescherming dan de wat merkwaardige en beperkte selectie van strafrechtelijke mensenrechten die in het Handvest van de grondrechten van de EU en in het ontwerp Grondwet voor Europa is gemaakt.⁷⁰

Afronding

Ik kom tot een afronding.

Er zal nog heel wat water door de Maas stromen voordat de Europese Unie overgaat tot een meer systematische vormgeving van het strafrecht. Dit hangt samen met allerlei institutionele aspecten van de realisering van gemeenschappelijk strafrecht en met de vraag van de politieke haalbaarheid. Het zogenaamde debakel van afgelopen december toen de Grondwet voor Europa nog niet totstandgekomen is, zal voor de rechtsontwikkeling alleen maar gunstig kunnen zijn. De uniewetgever kan om enige kwaliteit aan zijn rechtsinstrumenten mee te geven best wat meer tijd gebruiken. Waar het om gaat is dat het stelsel voldoet aan de eisen die daar op grond van fundamentele rechten aan gesteld mogen worden en dat het gaat om strafrecht dat te handhaven is, het mag best een beetje minder met dat strafrecht, alleen dan kan het een waardevolle rol vervullen in de Europese en in de Nederlandse maatschappij.

Ik heb gezegd

70. Zie ook art.II-47 – 50 Ontwerp Grondwet voor Europa en de art.47-50 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

Le droit pénal de l'Union européenne

Discours inaugural

prononcé lors de l'acceptation du poste de professeur
de droit pénal, droit de procédure criminelle et
des aspects transfrontaliers du droit pénal à
l'Université de Maastricht le jeudi 29 avril 2004

par

M. André Klip

KLUWER 

Deventer

2004

Le 7 février 1992, le Traité instituant l'Union européenne fut conclu dans notre ville. Ce traité fut l'amorce d'une évolution en vertu de laquelle il n'est plus possible de considérer le droit pénal d'un point de vue purement national. Consciemment ou non, les premiers pas ont été faits dans la voie d'un droit pénal communautaire. Le sujet principal de mon exposé aujourd'hui sera donc la signification de ce changement fondamental et structurel, où l'on est passé du niveau national au niveau européen et ce, sur le plan de la législation pénale, de la politique et de la science du droit pénal.¹

La place du droit pénal dans la société

Le droit pénal peut se réjouir de l'attention dont il bénéficie de la part des médias, des pouvoirs publics et du monde politique en cette période cruciale. De ce point de vue, il se porte comme un charme. Les thèmes pénaux font partie intégrante de l'actualité. Presque chaque citoyen a son avis sur ce qu'il faut sanctionner, les personnes à sanctionner, la manière et la durée de la peine. Je me réjouis du fait que mon domaine professionnel soit devenu tellement central dans la société. Mais toute cette attention a également ses zones d'ombre. Les espoirs placés dans le droit pénal sont souvent très élevés, trop même, selon moi.² Dans de nombreux cas, le droit pénal est devenu, du moins dans les idéaux, *primum remedium* : envisagé comme le premier remède pour combattre des comportements indésirables. Cette évolution s'observe non seulement aux Pays-Bas mais dans beaucoup d'autres pays, et surtout au sein de l'Union européenne.³ J'irais jusqu'à dire qu'elle est le protagoniste de l'idée selon laquelle le droit pénal est le premier remède contre la criminalité. Jusqu'ici, cette conviction a été traduite par un flux continu d'instruments pénaux.

Aux Pays-Bas, des propositions ont été faites en vue de sanctionner des parents pour éducation négligente lorsque celle-ci débouchait sur un comportement criminel de la part des enfants.⁴ L'excision des femmes pratiquée à l'étranger sera probablement bientôt passible de sanctions aux Pays-Bas, les femmes appartenant à des groupes à risque devront être contrôlées régulièrement à cet effet. La prolongation de différents délais de prescription contribue également à renforcer la toute-puissance du droit pénal. Ce dernier s'élargit de jour en jour : par un

1. Ceci n'empêche pas l'Europe d'être influencée à son tour par les États-Unis. Voyez à ce sujet Joachim Vogel, *Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik*, Goldammer's Archiv für Strafrecht 2002, p.517-534.
2. P.J. van Koppen, *Verankering van rechtspraak*, Over de wisselwerking tussen burger, politie, justitie en rechter, discours inaugural Vrije Universiteit Amsterdam 2003, p.65.
3. Voyez également J. de Hullu et E.A.M. Verheijen, *De beoordeling van Eurostrafrecht*, Delikt en Delinkwent 2002, p.696-697.
4. Lettre du secrétaire d'État de la Justice: *Niet-vrijblijvende vormen van opvoedingsondersteuning*, Kamerstukken II 1999-2000, 27197, n°1, p.11.

élargissement des faits punissables, des personnes concernées, du lieu du délit et dans la durée. En tant qu'instrument, le droit pénal a acquis un statut intouchable comprenant une part substantielle de morale.⁵

Récemment, une nouvelle facette s'est ajoutée, qui a pour effet de rendre absolu et d'immortaliser le statut du condamné; des appels sont lancés pour que l'on informe un quartier lorsqu'un délinquant en matière de mœurs y réside, pour retirer la nationalité néerlandaise à des Néerlandais de deuxième génération ou pour exclure des condamnés du marché du travail. Ces situations isolent pour toujours de la société des personnes condamnées. La science (et l'université) a, vis-à-vis de la société, un rôle d'exemple en prenant position contre cette évolution et en expliquant que le droit pénal n'a pas une vocation d'exclusion mais d'inclusion. Cela signifie qu'un jour, c'est fini et qu'une fois la peine purgée, le condamné, quel qu'il soit, a le droit de réintégrer inconditionnellement la société, une société qui refuse de sanctionner à nouveau, de stigmatiser ou de mettre au pilori.⁶

Dans ce contexte, il ne faut guère s'étonner que la politique (européenne et néerlandaise) tente de gagner de plus en plus de contrôle sur la mise en œuvre du droit pénal. A cet égard, la politique suggère parfois l'idée que le respect du droit n'est pas (ou du moins pas toujours) entre de bonnes mains auprès des gens qui en sont chargés; des transactions avec de grandes entreprises devraient, selon le parlement, être placées sous le contrôle du ministre de la Justice. Avec l'instauration de peines minimales, les juges devraient être contraints d'infliger de très lourdes peines.⁷ Des hommes politiques, en ce compris des membres du gouvernement, se laissent parfois aller à des commentaires méprisants sur la façon dont certaines affaires individuelles ont été traitées. Cette critique ne vise pas le droit pénal lui-même, mais, par ricochet, ses différents exécutants: la police qui n'arrête pas les criminels, le ministère public qui ne poursuit pas, ou pour des délits trop légers ou encore, les juges qui infligent des peines trop clémentes.⁸

De la même manière, au niveau européen, la commission se plaint sans arrêt des non-poursuites de fraude: selon elle, les instances nationales sont tellement mauvaises qu'elle veut s'en charger elle-même. Estimant que l'instauration d'une unité combattant la fraude ne suffit pas, la commission plaide depuis plusieurs années pour l'instauration d'un procureur européen. Autant de tentatives visant à

5. Buruma soulignait la part de morale contenue dans des modifications récentes en matière de droit pénal matériel. Y. Buruma, *Grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid*, in: *Glijdende schalen, Liber amicorum J.de Hullu*, Wolf 2003, p.76.

6. Voyez également C.H. Brants, *Over levende gedachten*, discours inaugural, Utrecht 1999.

7. Ces mêmes juges sont toutefois confrontés également à des normes de plus en plus vagues, ce qui renforce précisément leur liberté d'appréciation.

8. Voyez une enquête empirique intéressante sur la confiance des citoyens dans les décisions judiciaires: T. van der Meer, *Vertrouwen in de rechtspraak*, *rechtstreeks* 1/2004, p.9-55 et aussi P.J. van Koppen (p.1), qui fait remarquer que le droit pénal est critiqué en tant que tel, mais qui démontre que la critique s'adresse aux fonctionnaires en tant que maillons de la chaîne.

augmenter le bras d'action du droit pénal. Mais cette attitude méconnaît les capacités du droit pénal, et qu'il est impossible de poursuivre tous les faits punissables. On prévoit qu'à capacité égale de l'appareil judiciaire, un pourcentage de plus en plus grand de crimes restera sans suite. Suivant Boutellier, on pourrait parler à ce sujet d'un sentiment de crise permanent.⁹ De ce point de vue, la situation du droit pénal est loin d'être favorable.

La tâche de la science pénale

La science pénale devra se préoccuper de ce dernier constat, elle devra se soucier de l'évolution et de la formation du droit pénal. Je n'affirme rien de nouveau, cela fait des années qu'on en parle. Par contre, ce qui est nouveau, c'est que l'influence de la science pénale sur la législation et la politique diminue. Comment expliquer cette évolution? La principale raison réside, selon moi, dans la divergence entre, d'une part, la démarche de la science et, d'autre part, la démarche des médias en tant que facteur important dans notre société. L'approche rapide et 'noir ou blanc' adoptée par les médias en quête de confrontation est difficilement conciliable avec les nuances et les connexions plus étendues de notre métier.

Dans une certaine mesure, la politique est devenue dépendante des médias. Un homme politique qui proclame publiquement qu'il n'est pas possible d'éliminer tous les maux, devra accepté d'être jugé comme quelqu'un qui estime que commettre des faits punissables n'est pas grave. Quel homme politique aura l'audace de dire que les efforts pour élucider un meurtre vieux de 29 ans se feront au détriment d'enquêtes et de poursuites de crimes commis hier et aujourd'hui ?¹⁰

Les médias nous livrent souvent une image déformée de la réalité judiciaire.¹¹ L'image de la criminalité et du droit véhiculée par les médias diverge parfois tellement qu'elle mériterait une étude à elle seule. Je vous citerais, à titre d'exemple, l'hypothèse non prouvée selon laquelle le climat répressif serait indulgent aux Pays-Bas. Nous pouvons démontrer, en revanche, que notre réglementation en matière de libération conditionnelle est nettement plus sévère que dans la plupart des autres pays et que les condamnés y purgent une part beaucoup plus importante de la peine prononcée. Ma première impression est

9. H. Boutellier, *De veiligheidsutopie*, 2003, deuxième édition, p. 158.

10. L'expérience en matière de poursuites de crimes de guerres des années plus tard nous montre que de gros problèmes de preuves peuvent se présenter en raison du laps de temps écoulé entre le crime et le jugement. Le tribunal de l'ex-Yougoslavie y a remédié en choisissant par facilité les formes de participation de « entreprise criminelle conjointe » qualité d'auteur y est établie en appliquant un raisonnement de type *culpa in causa*. Pour des exemples, voyez ICTY, *Judgement, Prosecutor v. Furundžija*, Case N°IT-95-17/1-T, T. Ch.II, 10 December 1998, Klip/ Sluiter ALC-III-685, par. 216; ICTY, *Judgement, Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, A.Ch., 15 July 1999, Klip/ Sluiter ALC-III-761, par.220.

11. Brants, p.34-36.

plutôt que notre climat répressif est plus dur que dans de nombreux autres pays européens mais cela demande une étude d'envergure. Des journalistes continuent à écrire que des suspects sont relaxés à cause de vices de forme, mais ceux-ci n'existent pratiquement plus depuis le début des années quatre-vingt-dix. D'autres prétendent que des condamnés sont libérés pour bonne conduite, un critère qui a disparu du droit pénal néerlandais depuis plus de vingt ans. On continue à lire que la réclusion criminelle à perpétuité aux Pays-Bas ne serait pas à vie.

Les faits se mêlent à la fiction. Ce n'est plus la réalité de la criminalité qui compte mais l'image que l'on en a.¹² Dans la présentation de la criminalité, l'essentiel est qu'il s'agit de criminels ; la notion selon laquelle le criminel européen est aussi en fin de compte un citoyen européen issu de la société européenne et qui revendique liberté, sécurité et justice, fait défaut. De facto, la pratique du pilori venue du Moyen-Âge revient dans notre société moderne par le biais de la presse. Avec raison, les juges, tiennent compte dans le degré de la peine qu'ils prononcent, de la façon dont le suspect a été stigmatisé. Les médias sont dès lors partie prenante de l'exécution des peines et aussi de la réalité. Je crains que cette évolution où la politique pénale est co-définie par ce qui se passe dans les médias, va se renforcer au niveau européen. La fiction peut ainsi devenir réalité. Ce gouffre peut mener à une surenchère de demandes, puis à de nouvelles compétences, et ensuite à une perte continue de l'emprise du droit pénal sur la société. Cette évolution présente un danger pour la sécurité juridique et la protection juridique. L'élargissement des pouvoirs ne renforce pas seulement la position de l'État mais aussi sa marge de manœuvre politique et partout, accroît le risque de situations arbitraires. La tâche de la science est de dénoncer ce danger afin de briser le cercle vicieux. Cela peut se faire par la remise en question du droit pénal comme instrument de mise en oeuvre.

En présentant la criminalité comme un problème soluble, nous risquons d'engager des moyens qui soient adaptés à un but aussi inaccessible. Je pense que le droit pénal doit perdre de son intangibilité et être ramené à une dimension beaucoup plus modeste. Il ne faut toutefois pas tomber dans l'excès inverse en acceptant toutes les doléances entendues dans notre société sur le manque de sécurité sous prétexte qu'il s'agit du "droit, ce sain sentiment populaire". Entre un viol fasciste du droit et l'absence totale de perception des besoins de la société, il y a de la marche. En définitive, le droit pénal est là pour la société et non pour opérer dans des conditions de laboratoire stériles, abstraites et théoriques. Le droit pénal doit donc servir la société et pour cette raison précise, il doit être réel et crédible.¹³ C'est ici surtout que réside notre tâche sociale: informer la société sur ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas. Continuer à souligner les faits et les suites possibles, poser les bonnes questions, même si l'explication prend plus de temps.

12. G.J.M. Corstens, *Een stille revolutie*, Arnhem 1995, p.14.13 J. de Hullu, *Recidive en strafstoemeting*, Deventer 2003, p.4.

Lorsque les hommes politiques nous réclament des solutions toutes faites qui n'existent pas, il faut leur répondre que la chose est impossible.¹⁴ Le fossé qui sépare la science de la politique ne m'inquiète pas: il a toujours existé et confirmé la distance critique nécessaire.¹⁵

Une autre facette du droit pénal pourrait aussi être remise en question. À une époque où les normes et les valeurs sont redéfinies, cela pourrait donner lieu, en fin de compte, à une redéfinition des principes du droit pénal. Ceci semble certes constituer une menace de prime abord mais c'est néanmoins souhaitable, selon moi, étant donné qu'aux Pays-Bas, nous avons abandonné, au fil des ans, une attitude dogmatique. Des distinctions jadis pertinentes telles que commettre une infraction, être coauteur ou complice, ont été traduites dans la jurisprudence en: tu étais là et « ton compte est bon » ! Et je ne parle pas de la portée de la participation à une organisation criminelle, telle que visée à l'article 140 du Code Pénal néerlandais. Cette évolution va à l'encontre des principes de notre droit pénal classique qui, en tant que droit pénal fondé sur le principe de l'acte, requiert un mouvement intentionnel et qui, en tant qu'instrument coercitif, n'entre en scène que lorsque d'autres méthodes échouent. En fait, le principe de la faute perd du terrain sur de nombreux plans au profit d'un droit pénal axé sur les risques.¹⁶

Cela veut-il dire que le droit pénal actuel ne serait plus de notre temps ? Devons-nous trouver de nouveaux dogmes ? Et si tel est le cas, ne vaudrait-il pas mieux le faire au niveau européen plutôt que national ? Nous avons connu beaucoup d'évolutions technologiques depuis l'élaboration de notre Code pénal à la fin du dix-neuvième siècle. La place géopolitique des Pays-Bas a changé. Notre ministre de la Justice avait également fait ce constat récemment, il pensait que nous devrions passer à un système adapté à notre époque.¹⁷ Il me semble que le constat est juste. Mais j'attends toujours la discussion fondamentale sur les nouveaux points de départ. Personnellement, je considère que la vraie question consiste à savoir quel rôle nous voulons donner au droit pénal dans notre société et comment définir les notions de culpabilité et de complicité au lieu de s'attacher à des questions de détail telles que comment sanctionner des étrangers intégrés ici du chef de 'touristes sexuels', comme le prévoit l'article 5a du Code pénal néerlandais. Dans une science abstraite comme le droit, rien n'est figé. Le droit, et la science par voie de conséquence, évolue en permanence. Ceci peut nous amener à repenser des concepts qui existent depuis longtemps, mais également à constater que certains droits ne peuvent être altérés sans risquer d'affaiblir les principes d'un État de droit démocratique.

14. J. de Hullu, *Recidive en strafstoeming*, Deventer 2003, p.11.

15. Voyez également *Kamerstukken II*, 1991-1992, 22268, n°5, p.5.

16. Voyez D. Roef, *Strafrechtelijke verantwoordelijkheid in de risicomaatschappij*, in: P.L. Bal, E. Prakken, G.E. Smaers, *Veiligheid of vergelding?*, Deventer 2001, p.33-36.

17. Le droit pénal dans un environnement changeant, collègue du ministre de la Justice, P.H. Donner, le 1^{er} décembre 2003 à l'Université Catholique de Nijmegen.

Quel est le rôle de l'Union européenne dans le droit pénal ?

Il est temps que je vous fasse part de ce que je t'entends par droit pénal européen, car n'est-ce pas, finalement, pour cela que vous êtes venus. Je définirais le droit pénal européen comme l'ensemble des règles de la Communauté européenne et de l'Union européenne ayant une dimension pénale. Celles-ci se subdivisent en trois niveaux:

1. un niveau national:

- la mise en œuvre par le biais du droit pénal du droit communautaire (choix volontaire d'appliquer ou non le droit pénal, l'application elle-même restant bien sûr obligatoire),¹⁸ ainsi que
- la mise en œuvre de comportements punissables selon des règles fixées par l'Union (telles que contenues dans des actions communes, décisions-cadres et conventions)

2. un niveau interétatique:

- la régulation de la coopération administrative et pénale (laquelle mène de facto à une mise en œuvre commune)

3. un niveau superétatique:

- le véritable droit pénal européen (supranational) comprenant une mise en œuvre directe au niveau européen. Ceci n'est pas encore le cas actuellement, à l'exception de la concurrence, mais des propositions ont été déposées.¹⁹

Dans la suite de mon exposé, je vais m'intéresser à la relation entre le niveau national et supranational, ainsi qu'à la formation du droit pénal européen.

Il y a trente-cinq ans, à la veille de l'achèvement du réseau de conventions relatives à l'entraide judiciaire du Conseil de l'Europe, conventions par lesquelles les États se promettaient une aide mutuelle à chaque phase de l'information, du procès et de l'exécution, Van Agt déclarait dans son discours inaugural Vers un droit pénal extraverti « que l'action répressive d'autorités nationales ne vise pas en fin de compte le maintien de communautés nationales isolées, mais le bien-être des personnes dans une société qui s'étend au-delà des frontières nationales. Dans cette conception, il convient de charger également le juge national de l'application de règles fixées ailleurs, pour autant que cela débouche sur une

18. Voyez J.A.E. Vervaele, *Handen en tanden van het gemeenschapsrecht*, discours inaugural, Utrecht 1994.

19. Selon l'interprétation de l'article 6 de la Conv.eur.D.H. *La Convention européenne des Droits de l'Homme* donnée par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans sa jurisprudence, je classe le droit de la concurrence comme droit pénal. A ce titre, j'applique donc un autre classement que Corstens, qui distingue trois composantes dans le droit pénal européen : 1. la coopération pénale ; 2. les droits de l'homme découlant de la Convention européenne des Droits de l'Homme ; 3. l'application du droit communautaire. Voyez G.J.M. Corstens, *Europees strafrecht*, in: *Rede en Recht, Liber amicorum Nico Keijzer*, Deventer 2000, p.11-25.

administration de la justice plus juste et plus efficace. »²⁰ Dix ans plus tard, en 1979, ce même Van Agt torpillait, en tant que Premier ministre néerlandais, le plan du président français, V.Giscard D'Estaing, concernant un espace judiciaire²¹. Les choses ont bien changé depuis.

Premièrement, l'influence du droit des traités sur le droit pénal a augmenté de manière exponentielle. J'ai recherché mathématiquement le temps qu'il a fallu aux autorités néerlandaises pour conclure 50 traités ayant une pertinence pénale au cours du siècle dernier. Du 18 avril 1904 au 28 août 1954 (50 ans) ; jusqu'au 8 août 1975 (21 ans) ; jusqu'au 20 décembre 1988 (13 ans) ; jusqu'au 10 mars 1995 (presque 7 ans) ; jusqu'au 21 mai 1997 (2 ans) ; jusqu'au 25 mai 2000 (3 ans) ; jusqu'à septembre 2003 (3 ans et 4 mois). À première vue, la production de traités semble donc décroître depuis quelques années. Il n'en est rien. De plus en plus d'instruments de droit européen sont aujourd'hui adoptés sous une autre forme. J'ai entamé le travail de bénédictin de recueillir et de répertorier la masse d'actions communes, points de vue, recommandations, décisions et décisions-cadres, mais je suis loin d'avoir terminé. Non seulement l'Union européenne, mais aussi d'autres organisations, comme les Nations unies, ont contribué à opérer un glissement progressif de la primauté de la législation pénale du niveau national vers le niveau supranational.

Je pense que ce changement se poursuivra, surtout au sein de l'Europe. L'explication doit être recherchée dans le rôle social précédemment évoqué du droit pénal et dans le fait que les États membres de l'UE ont placé ce dernier sur un piédestal : selon l'article 29 du Traité sur l'Union européenne : « l'objectif de l'Union est d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice... ». Cette ambition peut être dépeinte comme la codification de l'utopie de sécurité si justement décrite par Boutellier.²² Elle associe le sentiment social aux possibilités juridiques et sera de ce fait, décisive pour définir la place du droit pénal dans la société européenne et la relation entre le droit pénal national et européen. Le traité renforce aussi la revendication sécuritaire du citoyen qui s'apparente à un consommateur, directement envers l'autorité (européenne).²³ Contrairement à l'époque de Van Agt et Giscard d'Estaing (du moins dans la première partie de sa carrière politique), le droit

20. A.A.M. van Agt, *Naar een extravert strafrecht*, discours inaugural, Katholieke Universiteit Nijmegen 1969.

21. Voyez Aanb. Kamerstukken II, 1978-1979, n°1261. A. Weyemberg, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles 2004, p.14-15.

22. Voyez également H. Boutellier, *De veiligheidsutopie*, deuxième édition 2003, p.47. On retrouve cette même définition d'espace dans les articles 41 et III-158 du projet de Constitution pour l'Europe.

23. Ceci nous amène à la question du rôle (devoir) laissé au citoyen dans la création de la liberté, sécurité et justice. Ici aussi, on note un glissement : dans le traité d'Amsterdam, l'Europe devait se rapprocher du citoyen ; aujourd'hui (dans la Constitution pour l'Europe), il faut rapprocher le citoyen de l'Europe.

pénal national se trouve aujourd'hui sous pression parce qu'il se révèle inefficace pour éradiquer la criminalité. La souveraineté est considérée à cet égard comme un obstacle à cette efficacité.²⁴ Dans une vision certes quelque peu pessimiste, nous devons nous attendre au fait que la politique ne pourra pas résister à la pression consistant à transférer de plus en plus au droit pénal européen. Ce qui accroîtra ensuite la pression sur l'Union pour qu'elle se charge elle-même davantage de la mise en oeuvre. Le Traité de Maastricht donne lieu à un intérêt accru pour le droit pénal dans notre société, et surtout dans sa dimension européenne.²⁵

Le droit pénal est-il entre de bonnes mains sous le contrôle de l'Union européenne ? Actuellement, il faut répondre par la négative. En effet, les exemples de législations, au niveau de l'Union, sans nécessité manifeste sont légion (jusqu'à la réglementation européenne). En 1997, peu de temps après l'arrestation de Marc Dutroux, une Action Commune a été décrétée visant également à combattre les réseaux internationaux de pédophilie. Pourtant, le procès actuel ne retient rien de cet aspect international.²⁶ Au départ à titre de projet de mesure en réaction aux attentats du 11 septembre, l'UE a instauré un mandat d'arrêt européen en raison, notamment, du fait que trop d'extraditions seraient refusées et que l'interdiction de double incrimination constituerait un obstacle. Il n'a jamais été possible de produire des données sur de nombreux refus. Il existe donc une législation concernant des problèmes qui n'existent pas.²⁷ Les études de droit comparé, que l'Union effectue de temps à autre pour soutenir une proposition législative ou pour suivre la mise en œuvre de la législation, ne répondent pas aux conditions imposées. Elles ne dépassent jamais le niveau de comparatisme normatif et laissent de côté le contexte et l'aspect réel de la mise en œuvre.²⁸ Le phénomène du tableau de conformité, où les États membres doivent indiquer le moment où ils ont approuvé et mis en œuvre des réglementations et quelle est l'autorité chargée de leur application, évoque à plus d'un titre les plans quinquennaux de l'Union soviétique. Là également, les objectifs étaient toujours atteints d'un point de vue formel mais masquaient la réalité. La signification accrue de l'UE pour le droit pénal devrait, selon moi, aller de pair avec une

24. Voyez, par exemple, C. Rijken, *Trafficking in Persons*, dissertation Universiteit van Tilburg 2003, p.9.

25. La liberté européenne nourrit l'insécurité, voyez: Ralf Dahrendorf, *De Volkskrant* 16 avril 2004, p.13.

26. Voyez A. Weyembergh, p. 344: "les grandes difficultés auxquelles sont confrontés les travaux de rapprochement des législations pénales accroissent la tentation de suivre l'événementiel et d'exploiter les drames de l'actualité pour obtenir le consensus nécessaire, ce qui favorise le recours à des définitions larges négociées et adoptées dans l'urgence, sans réflexion approfondie."

27. A.H.J. Swart, *Een ware Europese rechtsruimte*, Discours inaugural Amsterdam 2001, p.29. Swart se demande aussi si ce n'est pas lié à la réelle bonne volonté des États membres de faire de cette coopération un succès.

28. À propos de la méthode de recherche et de droit pénal comparé: C.J.C.F. Fijnaut, *Rechtsvergelijking en strafrecht(swetenschap): enkele methodologische beschouwingen*, Preadvies voor de Nederlandse vereniging van rechtsvergelijking, n° 61, Kluwer 2001.

compréhension réelle de la criminalité européenne. Fijnaut en a déjà appelé à un espace européen de la recherche.²⁹ Pour autant qu'il entende par là qu'il faut plus d'études de droit comparé et de recherche criminologique européennes pour préparer, soutenir et évaluer les politiques menées, je partage totalement son point de vue.³⁰ A cet égard, un Centre de recherche scientifique et de documentation européen fait cruellement défaut.³¹

L'Union normalise effectivement l'application des lois, mais uniquement d'un point de vue répressif et non pas comme une critique envers le pouvoir. Ceci conduit à une distorsion au détriment tant de la mise en œuvre que de la protection juridique. Je pense que cela pose un gros problème: la qualité et la quantité de lois pénales européennes, et non pas l'origine européenne de la législation, sont une source de préoccupation permanente. La machine législative de l'Union rend le droit pénal européen de plus en plus complexe et inaccessible. L'État de droit européen ferait bien de faire une pause législative. J'ai souvent fustigé, en vain d'ailleurs, l'absence de réflexion et le fait que l'on n'attend pas l'effet d'un instrument déterminé.³² Comme exemple récent, je citerais la proposition de décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves. Des traités datant de 2000 et 2001 y sont déjà abrogés avant même leur entrée en vigueur. Ainsi que la décision Dutroux, qui a, elle aussi, été remplacée par une décision-cadre de décembre 2003.³³

Les activités de l'Union européenne sur le terrain pénal présentent une certaine tendance à se diriger d'un problème à une solution. Mais, il est difficile d'y retrouver une systématique ou une cohérence. Les actions rapides et symboliques sont jugées plus importantes que les actions mûrement réfléchies et efficaces. Je pense que jusqu'à présent, le droit pénal européen va dans le mauvais sens et que la mise en œuvre effective et la protection des droits du citoyen européen en sont les dupes. Un collègue allemand parlait à cet égard de droit pénal Systemschutz : « À l'horizon se dessinent un droit pénal européen symbolique et une justice européenne symbolique, qui sont l'expression de l'incompétence d'une politique

29. Voyez Fijnaut, *preadvies*, p.88.

30. Examinez C. Fijnaut, *De Europese Unie: een lusthof voor (strafrechtelijke) rechtsvergelijking*, Deventer 2001; idem *De uitbreiding van de Europese Unie en de strafrechtsvergelijking*, in: *De meerwaarde van de rechtsvergelijking: Opstellen aangeboden aan prof. mr. H.U. Jessurun d'Oliveira*, p.201-213.

31. Par contre, il existe un observatoire européen des drogues et des toxicomanies et un autre des phénomènes racistes et xénophobes.

32. A.H. Klip, *Amsterdams uniestrafrecht*, *Nederlands Juristenblad* 1998, p.811-816; *Neuere Entwicklungen im europäischen Strafrecht und in der europäischen Zusammenarbeit in Strafsachen*, in: 22. *Strafverteidigertag vom 20.-22. März in Erfurt*, *Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen*, Cologne 1999, p.39-54. Voyez aussi C.J.C.F. Fijnaut, *De strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap tegen fraude, Delikt en Delinkwent* 2000, p.972-988.

33. Décision-cadre du 22 décembre 2003 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, JO 2004, L 13/44.

qui n'est plus assez forte pour mener à une réforme structurelle de la société. »³⁴ Il entend par là que l'utilisation du droit pénal à des fins politiques conduit effectivement au maintien de la structure politique mais ne mène pas à une utilisation réelle du droit pénal. J'ajoute que cela présente un danger, à savoir que l'ordre juridique de papier ainsi conçu ne soit plus utilisable dans la pratique et que la mise en œuvre se fera de manière relativement arbitraire. Ceci ne peut que trahir la confiance placée dans la fonction protectrice de l'État de droit.

Que faire alors ? Qu'est-ce qui pourrait relever du droit pénal européen ?

À l'occasion de l'inauguration d'Eurojust, il y a tout juste un an aujourd'hui, le ministre de la Justice néerlandais proposait de créer une compétence européenne spéciale pour certains délits transfrontaliers et de laisser le reste aux juridictions nationales.³⁵ Son point de vue peut se résumer ainsi: il est inutile de vouloir harmoniser le droit pénal dans son ensemble car 90 % de la criminalité n'a de recoupements qu'à l'intérieur des frontières nationales.³⁶ La proposition du ministre, bien que n'étant pas encore élaborée dans les détails, n'en est pas moins très intéressante. A fortiori à la lumière de la discussion sur la Constitution pour l'Europe et de la prochaine présidence néerlandaise de l'UE, on peut s'attendre à des initiatives plus précises.

Opérer une subdivision entre un droit pénal européen et national suppose, selon moi, un système pénal européen complet, donc avec un juge pénal européen, un ministère public européen et une police européenne, qui se fondent tous sur la législation européenne et sont contrôlés par un parlement européen librement élu. Si nous faisons cela, nous devons procéder à une conceptualisation de ce qui devrait être européen et de ce qui devrait être national.³⁷ C'est une innovation et un point que les Pays-Bas, en tant que président de l'UE, pourraient introduire au débat. Mais la note diffusée par le ministre de la Justice le mois dernier ne poursuit pas dans la voie de l'idée de délimitation déjà exprimée.³⁸ Le gouvernement maintient ici la condition de la double incrimination pour la coopération avec d'autres États membres pour autant que les faits aient été

34. P.-A. Albrecht, *Europäischer Strafrechtsraum: Ein Albtraum?*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2004, p.1-4.

35. Quelques jours plus tard, ce point de vue a été réaffirmé dans la note: *Een Europese strafrechtelijke ruimte* (Un espace judiciaire européen) du 9 mai 2003 du secrétaire d'État aux affaires européennes, kenmerk DIE-258/03.

36. Voyez également Ch.J. Enschedé, *A Model Penal Code?*, Report for the Council of Europe 1971, reprinted Arnhem 1990.

37. Je souscris au point de vue du gouvernement néerlandais selon lequel une délimitation claire s'impose. *Kamerstukken II*, 2003-2004, 28473, n°35, p.4.

38. Note: *Het vereiste van dubbele strafbaarheid in het Nederlandse strafrecht*, *Kamerstukken II*, 2003-2004, 29451, n° 1; Proposition de décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves tendant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales, 25 novembre 2003, 15221/03.

commis aux Pays-Bas, ce qui veut dire que si les faits ont été commis aux Pays-Bas mais n'y sont pas punissables, les Pays-Bas ne peuvent pas fournir d'entraide judiciaire.

Je voudrais opposer un autre modèle qui pourrait se présenter comme suit: si le problème est que l'étranger ne pourrait exiger de juridiction pour un fait commis aux Pays-Bas mais qui n'y est pas punissable, alors la limitation de la juridiction devrait être le principe directeur. Cela donne lieu à une toute autre règle: le pouvoir de juridiction au sein de l'Union européenne doit alors uniquement être établi sur son propre territoire.³⁹ Ainsi, l'Allemagne ne pourrait plus poursuivre aux Pays-Bas un de ses ressortissants pour utilisation de drogue. Mais cela signifie également que si les Grecs jugent nécessaire de sanctionner la consignation des numéros d'immatriculation des avions, nous serions obligés aux Pays-Bas de les aider au niveau de la recherche et des poursuites.⁴⁰ Cela demande beaucoup de confiance mais offre de magnifiques avantages en termes de respect du droit et de protection juridique. On sait alors toujours clairement quel est l'État appelé à appliquer la loi. La situation actuelle de juridictions qui se chevauchent donne lieu à d'incessantes discussions entre États membres sur le caractère punissable de certains faits et sur la politique pénale à mener.⁴¹ Si nous supprimons la double incrimination et limitons la juridiction au territoire national, il nous est en outre possible de mieux poursuivre la construction d'un réseau de coopération internationale pour les affaires pénales.⁴² En effet, le système du Conseil de l'Europe n'est jamais parvenu à intégrer un thème important, celui du règlement des conflits juridictionnels.⁴³ L'élargissement du pouvoir juridictionnel au-delà des frontières nationales est né du souci que le suspect puisse en réchapper et puisse dès lors toujours être tenu de rendre des comptes dans son propre pays, et non pas pour changer la politique pénale d'un État. En fin de compte, il existe très peu de délits qui fassent l'objet de conceptions différentes. La plupart des faits punissables sont sanctionnés d'une manière ou d'une autre dans l'ensemble de l'Union. Si des différences subsistent, elles seront délibérées.

39. La question est de savoir si semblable nécessité existe pour la procédure pénale extraterritoriale.

40. Ce type d'approche est aussi plus conforme au principe de légalité.

41. Les Pays-Bas pourront alors également prendre leur distance par rapport à l'attitude plutôt défensive et expectative à l'égard des initiatives prises en matière de droit pénal européen. Par exemple, le gouvernement néerlandais dans sa note *Strafrecht en strafprocesrecht in Europa* (Droit pénal et procédure pénale en Europe), Kamerstukken II, 1998-1999, 26656, n° 1. Voyez aussi P.H.P.H.M.L. van Kempen, *Waarborgen tegen de onwrichtende werking van Eurostrafrecht*, *Glijdende schalen*, de *Hullubundel*, p.247-266.

42. A.H.J. Swart, *Goede rechtsbedeling en internationale rechtshulp in strafzaken*, discours inaugural, Deventer 1983.

43. Les tentatives de régler le problème en ordonnant les principes juridictionnels ont échoué, mais ont donné lieu à une étude très intéressante. Voyez Conseil de l'Europe, *Juridiction extraterritoriale*. En agissant ainsi, l'Union européenne pourrait enfin s'atteler à la mission qu'elle s'est assignée de prévenir des conflits juridictionnels en améliorant la compatibilité des règles applicables dans les États membres, énoncée à l'article 31 sub c du Traité de l'Union européenne.

La délimitation que je viens d'esquisser concerne les relations entre les différents États membres. Elle n'envisage pas les cas difficiles où il est impossible de situer le *locus delicti* dans un seul État.⁴⁴ Ces cas devraient être réglés au niveau européen. Nous devons dès lors formuler des critères pour ce qu'il convient de mettre en œuvre au niveau européen.

Dans sa note intitulée «un espace pénal européen» de l'année dernière, le gouvernement déclarait : «Une lutte efficace contre la criminalité envers les intérêts européens (falsification de l'euro et fraude menée contre les intérêts financiers de la Communauté) et la criminalité transfrontalière grave, qui doit encore être spécifiée mais qui peut aller du trafic de biens (il)licites ou d'êtres humains, à des crimes contre l'environnement, nécessitera à terme une juridiction propre et homogène qui ne peut être confinée aux frontières nationales.»⁴⁵

En réalité, le ministre de la Justice en appelle à des points de vue criminologiques relatifs aux formes que prend la criminalité et surtout, à la question de savoir si ces délits dépassent ou non les frontières.⁴⁶ Cela me semble juste. Je considère que la méthode menée jusqu'à présent : à savoir premièrement créer une organisation : Europol, le ministère public européen ou instaurer des incriminations à partir de problèmes qui ont fait la une des médias peu de temps avant un sommet européen n'est pas vraiment réfléchi. En effet, elle n'influence que l'image que l'on se fait du droit pénal, et non le droit lui-même.

La délimitation doit être recherchée dans le droit pénal matériel, non dans les conditions de coopération. C'est pourquoi, il faudra sélectionner les délits qui relèveront du droit pénal européen en fonction de certaines conditions. Lesquelles ? A mon avis, il s'agit des trois conditions cumulatives suivantes :

1. Le fait punissable a, selon sa manifestation, un caractère transfrontalier;
2. La prévention, la recherche et le jugement d'un tel fait posent plus de difficultés au niveau national qu'au niveau européen;

44. Sans parler du problème encore à traiter qu'il n'existe pas de vision unique sur les doctrines du *locus delicti*. Voyez H.D. Wolswijk, *Locus delicti en rechtsmacht*, diss. Utrecht 1998.

45. Note du 9 mai 2003, (idem note 35 supra).

46. Voyez également D. van Eck, *Het universele karakter van het strafrecht, opstellen over recht en rechtsgeschiedenis, aangeboden aan D. Hermesdorf*, Kluwer 1965, p.149-150: "L'évolution vers un droit pénal international, dans la mesure où celui-ci reprendra partiellement la tâche de l'autorité nationale, soit au niveau de la concrétisation des normes, soit au niveau de leur application, devra être guidée par le critère de la forme d'organisation sociale la plus à même de permettre une mise en œuvre responsable du droit pénal. A cet égard, il faudra toutefois tenir compte du fait que l'exécution du droit pénal n'est qu'une des nombreuses tâches dédiées à la société. La décision relative à la répartition des compétences pénales ne pourra dès lors jamais s'opérer sur la base de critères qui portent exclusivement sur l'exercice du droit pénal. L'intérêt d'une bonne mise en œuvre du droit pénal devra être envisagé dans le contexte global des tâches dont la société humaine se sent investie."

3. Le fait punissable est lié à une activité politique européenne.⁴⁷

Il s'agit ici de faits dont le *locus delicti* concerne plus d'un État, et où aucun État n'est donc indiqué d'office comme le plus apte à prendre des mesures. Je pense notamment au droit pénal douanier, au détournement de subventions, au blanchiment, à la traite des femmes et des êtres humains et au trafic de drogues et des armes. La deuxième condition concerne l'efficacité. Certes, si l'affaire présente des aspects transfrontaliers mais que les services de recherche nationaux peuvent se débrouiller assez facilement, je ne vois aucune raison de régler le cas au niveau européen.⁴⁸ Le troisième élément sert à réaliser que les différentes modalités d'application soient envisagées comme un tout, mais souligne aussi le principe de la subsidiarité.

Bien sûr, il y aura des suspects qui ne prêteront pas une grande attention à cette répartition des compétences pour préparer et commettre des délits. Des ensembles de faits feront leur apparition, qui impliqueront des faits punissables européens et nationaux. Le principe d'une bonne administration de la justice, qui a été inspiré par la transmission des procédures répressives, pourra aussi être déterminant à cet égard pour rechercher le forum de jugement le plus adéquat.⁴⁹

L'espace judiciaire européen mène ainsi à trois niveaux de droit relativement délimités: national, européen et extra-communautaire.⁵⁰ Je suis donc moins favorable aux projets de la Commission européenne en faveur d'un ministère public européen comme décrit dans le *Corpus Juris*. Cela met en place un système hybride, situé à mi-chemin entre une mise en oeuvre nationale et européenne.⁵¹ Les articles III-171 et suivants proposés du projet de Constitution pour l'Europe renforcent cet aspect hybride et n'offrent aucune approche nouvelle. Des objections comparables ont été émises envers la solution américaine où la délimitation reste vague entre le droit au niveau fédéral et au niveau des États, et où les conflits juridictionnels sont nombreux.⁵² Si nous décidons d'instaurer un nouveau système pénal européen, l'influence européenne sur le droit pénal

47. Voyez également ma contribution: Conditions for a European *Corpus Juris Criminalis*, in Michael Faure, Jan Smits and Hildegard Schneider (eds.) *Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research*, Intersentia 2002, p.111. La normalisation est ici souvent d'origine communautaire. Voyez J.A.E. Vervaele, *Handen en tanden van het gemeenschapsrecht*, discours inaugural Utrecht 1994, p.36.

48. Voyez *Kamerstukken I*, 2003-2004, 28350 (R1720) et 28351, B, p.2.

49. A.H.J. Swart, *Goede rechtsbedeling en internationale rechtshulp in strafzaken*, discours inaugural Deventer 1983.

50. Voyez également, ministre de la justice, *Kamerstukken I*, 2003-2004, 28350 (R1720) et 28315, B, p.4.

51. Termes explicitement utilisés par le gouvernement néerlandais à l'égard de la proposition en faveur d'un Ministère public européen. *Kamerstukken I*, 2003-2004, 28350 (R1720) et 28351, B, p.2.

52. Dès 1971, Enschedé rejetait l'*American Model Penal Code* comme exemple d'*European Model Penal Code*, voyez Arnhem 1990.

national sera beaucoup plus limitée.⁵³ Par ailleurs, cela met fin à l'objection selon laquelle des priorités nationales seraient contrecarrées en raison de compétences hiérarchiques accrues cédées à Europol ou Eurojust.⁵⁴

Mais tout n'est pas en rose dans cette perspective. Un propre système européen présente inévitablement des inconvénients. De nouveaux organes sont créés, ce qui accroît le flot d'informations. Un tel système doit également être psychologiquement accepté par les services nationaux chargés de la mise en œuvre.⁵⁵ Une nouvelle institution ne peut être considérée comme représentant une menace ou une concurrence et être de ce fait, privée d'informations. A cet égard, la position peu florissante d'Europol porte plutôt au pessimisme.

Quel est l'impact de cet état de choses sur l'harmonisation et la reconnaissance mutuelle ?

Pour le modèle que j'ai choisi: un droit pénal européen et un droit pénal national, ayant chacun une juridiction sur différents délits, l'harmonisation du droit pénal national n'est pas nécessaire. L'harmonisation actuelle du droit pénal a souvent été critiquée avec raison. Elle part de l'idée fausse que la double incrimination constitue un obstacle à la coopération pénale. La méthode choisie a l'effet inverse. C'est pourquoi l'influence réelle du modèle d'harmonisation reste, jusqu'à présent, limitée, sinon inexistante.⁵⁶ Cela tient tout d'abord au caractère compromissaire de la législation. Les instruments sont souvent rédigés de manière assez vague et non obligatoire. Chaque État membre se voit octroyer une grande liberté d'interprétation. La nécessaire implémentation est une autre raison qui explique la divergence entre les États membres au niveau de la mise en œuvre. Dans la législation d'exécution nationale, un État qui aurait eu le dessous dans un processus de négociation européen peut néanmoins se rattraper par la suite en donnant une interprétation assez nationale aux obligations de mise en œuvre.⁵⁷ La troisième raison réside dans l'absence d'un juge commun. Le rôle effectif de la Cour de justice européenne dans l'interprétation de décisions-cadres concernant des questions préjudicielles doit encore être fixé. La quatrième raison tient à

53. Dans différentes notes antérieures sur le droit pénal européen, le gouvernement a énuméré les principes néerlandais considérés comme inaltérables. Voyez Notitie betreffende de verhouding gemeenschapsrecht – strafrecht, Kamerstukken II, 1991-1992, 22300 VI, n° 39; Notitie Strafrecht en strafprocesrecht in Europees verband, Kamerstukken II, 1998-1999, 26656, n° 1.

54. Le ministre de la Justice fait ici, à juste titre, référence à son discours sur Eurojust, le 29 avril 2003.

55. Voyez: A.H. Klip, Geïntegreerde bescherming van de financiële belangen van de EG; verschuiving van de staat-staat-benadering naar verticalisering van de procedure?, in: J.A.E. Vervaele (ed.), Transnationale handhaving van de financiële belangen van de Europese Unie, Intersentia 1999, p.99-111.

56. Voyez, par exemple, T. VanderBeken, From Brussels with Love, Bespiegelingen over de invloed van de Europese Unie op het Belgisch strafrecht, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijken-de studie van het recht van België en Nederland 2002. Voyez Weyembergh, p.336.

57. Voyez Weyembergh, p. 342.

l'utilisation des différentes langues authentiques. Cela débouche sur des situations présentant de grandes disparités au niveau de la mise en œuvre finale entre les États membres. Après-demain, l'Union européenne s'élargira de 15 à 25 membres, passant de 375 millions à 450 millions d'habitants. Cette taille complique et compliquera encore la recherche d'un dénominateur commun. La force fédératrice de l'harmonisation va continuer à s'amenuiser.

Partant de niveaux de droit distincts: une juridiction européenne pour les délits spécifiquement européens et diverses juridictions nationales pour les délits nationaux, la condition de double incrimination n'est plus nécessaire en l'absence de juridiction extraterritoriale. Ceci élimine une raison d'harmoniser le droit pénal matériel. Selon mes prévisions, l'harmonisation pourrait néanmoins jouer un rôle pour des aspects plus formels du droit. Ceci demande quelques mots d'explication.

Si chaque État membre accepte l'exclusivité du pouvoir de juridiction des autres États, cela pourrait contribuer grandement à une reconnaissance mutuelle inconditionnelle d'ordres d'extradition de personnes, de preuves et d'autres décisions. Dans un système de reconnaissance mutuelle, les cloisons qui distinguent les systèmes pénaux tomberont.⁵⁸ Pour parvenir à une pratique entièrement libre, il y a lieu de balayer quelques objections. Ainsi les conditions pour procéder à l'interpellation de suspects diffèrent d'un État à l'autre. Ceci a pour effet de mettre sous pression un État qui impose des conditions plus strictes. Des problèmes analogues peuvent se présenter dans le cadre de l'application d'autres moyens de contrainte et l'obtention de preuves. Le rapprochement des conditions régissant, par exemple, la fouille ou la confiscation, dissipera les objections sur la reconnaissance mutuelle d'un ordre étranger.

De tels constats prouvent la nécessité d'une conceptualisation du principe de reconnaissance mutuelle. Mais que faut-il précisément reconnaître? Que les conditions matérielles imposées pour l'application d'un moyen de contrainte sont satisfaites? Que ceci ait été constaté par une autorité déterminée? Que l'État requis applique les règles de procédure de l'État requérant pour l'obtention de preuves? Et pourquoi l'exécution obligatoire d'une demande étrangère pourrait-elle bouleverser les priorités dans la propre procédure pénale? Bref, la notion doit être conceptualisée.

Actuellement, l'État prenant l'initiative oblige l'autre État à reconnaître quelque chose. Pourquoi dans un système de reconnaissance mutuelle, l'État poursuivant devrait être prioritaire par rapport à un État ayant décidé de ne pas poursuivre? La limitation de la juridiction mettra fin à ce genre de question.

58. A.H.J. Swart, *Een ware Europese rechtsruimte*, discours inaugural Amsterdam, Deventer 2001, p.24.

A quoi devrait ressembler le droit pénal européen ?

Je vous ai déjà parlé de la distinction entre le droit pénal national et européen, mais je n'ai encore rien dit de la forme qu'il pourrait prendre. A quoi pourrait-il ressembler ?

Il existe essentiellement deux méthodes patentes pour définir la forme et la substance que devraient prendre le droit pénal européen et la procédure pénale. A ce niveau, nous devons aussi songer à la procédure étant donné que nous sommes confrontés à la création d'un nouveau système. La première méthode consiste à dégager l'aspect systématique de la création pénale accomplie par l'Union européenne. La deuxième consiste à déduire l'aspect communautaire des différentes traditions pénales des États membres. Ces deux exercices seront loin d'être simples. Rien d'étonnant à cela puisque ce sera aussi la troisième fois depuis notre calendrier que nous visons, en Europe, un droit pénal communautaire. Les choses ont radicalement changé depuis le droit pénal roman canonique et le Code pénal de Napoléon.

Que peut-on observer si nous essayons de dégager l'élément commun dans la production d'instruments juridiques adoptés par l'Union européenne jusqu'ici ? La partie matérielle du droit pénal européen se caractérise jusqu'à présent comme un droit pénal axé sur les risques.⁵⁹ C'est moins le comportement réel de l'auteur que la position ou la responsabilité que celui-ci prend qui compte (violation de l'obligation de diligence). La poursuite de la construction de l'UE à partir du droit d'organisation économique du marché interne y joue peut-être un rôle décisif. Les instruments européens comprennent des éléments que l'on retrouve dans la partie du droit pénal général de tous les systèmes de droit. A cause du manque de réflexion systématique à ce sujet au niveau européen, on assiste à un ensemble totalement désuni. Une dispersion révélatrice de la manière dont l'Union définit la qualité d'auteur et la participation ainsi que de la manière dont il faut décrire les délits. Presque sans exception, il s'agit de formes de participations aux définitions très larges. La condition de l'intention manifeste est objectivée par le comportement (Art.1^{er}, point 4 de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes). Il faut ensuite prévoir la responsabilité de la personne morale et de ses dirigeants, formels et de facto (Art. 6 de la Décision-cadre relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie). Si le pouvoir de représenter une personne morale, de prendre des décisions en son nom ou d'exercer un contrôle sur celle-ci est pénalisé, cela diminuera considérablement la signification de causes exclusives de peine. L'appréciation de l'imputabilité à la personne du délinquant de son acte contient déjà une appréciation sur l'applicabilité éventuelle de causes exclusives de peine. On peut aussi remarquer, surtout dans les préambules,

59. Une évolution que l'on observe très nettement dans la jurisprudence des juridictions pénales internationales.

certaines éléments de politique pénale qui peuvent influencer le droit pénal matériel: l'Union européenne s'efforce d'avoir pour norme l'élimination définitive du comportement criminel (voire des criminels) et la prévention des récidives.

Cette méthode nous éclaire peu sur le système de procédure pénale à développer. L'acquis du troisième pilier comprend encore relativement peu de dispositions de nature procédurale. Ceci est logique puisque jusqu'à présent, la mise en œuvre est nationale. Ici, l'accent est surtout mis sur l'harmonisation et la facilitation de la coopération.

Dans la première méthode pour définir ce que pourrait être un droit pénal européen, j'ai procédé en déduisant l'un et l'autre élément du droit de l'UE existant. La deuxième méthode consiste à distiller un nouveau droit européen à partir des différentes traditions pénales des États membres.⁶⁰ Ici aussi, ce sont moins les incriminations spécifiques⁶¹ que la partie générale du droit pénal (donc, la légalité, la qualité d'auteur et la participation, l'intention et la faute, etc.) et la procédure pénale qui importent. L'article 6 du traité de l'UE nous offre une base pour déduire tel ou tel autre élément des traditions culturelles des États membres. Par ailleurs, il existe une jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes sur les traditions constitutionnelles et pénales des États membres et des principes généraux du droit communautaire ont été développés.⁶²

Que nous révèle un premier inventaire des traditions pénales? D'abord, les droits fondamentaux qui sont importants dans le droit pénal. Ici, grâce au rôle harmonisateur de la Conv.eur.DH, il existe une certaine concordance. Par contre, si nous appliquons la même méthode à d'autres aspects du droit pénal, l'image sera beaucoup plus disparate.⁶³

Il existe de grandes différences culturelles qui compliquent la recherche d'éléments communs. Des règles plus au moins uniformes peuvent donner lieu à des interprétations très différentes. Par exemple, le principe de légalité, la règle qui postule qu'un fait n'est punissable que sur la base d'une disposition légale

60. Une méthode de déduction comparable au processus d'harmonisation. Pour donner une image, on pourrait dire que la déduction de principes à partir des systèmes nationaux suit le principe de l'entonnoir. Dans la méthode d'harmonisation traditionnelle par contre, l'entonnoir fonctionne dans le sens inverse.

61. Voyez par exemple W. Bottke, *Die Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems*, in: *Bausteine des europäischen Strafrechts*, Coimbra-Symposium für Claus Roxin, 1995, p.235-246.

62. Par exemple: CJCE, 5 mars 1980, Ferwerda, C-256/78, Jur.1980, 623; CJCE, 13 novembre 1990, Fedesa, C-331/88, Jur.I-4057; CJCE, 4 octobre 1991, SPUC, C-159/90, Jur.1991, 4658; CJCE, 14 mai 1974, Nold, C-4/73, Jur.1974, 491; CJCE, 13 décembre 1979, Hauer, 44/79, Jur.1979, 3727; CJCE, 21 septembre 1989, Hoechst, C-46/87 et C-227/88, Jur.1989, 2859.

63. La procédure pénale ne se limite bien évidemment pas à la Conv.eur.D.H.. Voyez M. Delmas-Marty, *Procédures pénales d'Europe*, Paris 1995.

préalable, mènera à différentes interprétations quant à la précision requise concernant la norme (*Lex certa*). La culture juridique est aussi révélatrice de la façon dont on perçoit le droit de l'autre. Par exemple, la critique formulée par les pays appliquant un principe d'opportunité dans la recherche envers les pays appliquant un principe de légalité est généralement que ce dernier conduirait à une rigidité et une application démesurée du droit pénal; inversement, le principe d'opportunité est accusé de mener à l'arbitraire. En réalité, les deux systèmes ont arrondi les angles pour parer aux critiques. Le débat intervenu récemment aux Pays-Bas à propos des peines minimales illustre parfaitement les dangers liés à l'interprétation du droit étranger. Ce débat a été guidé par la vision néerlandaise d'une exécution des peines rigides (toujours 2/3 des peines exécutées). Les pays connaissant des peines minimales ont par ailleurs formulé toutes sortes d'exceptions à l'égard de cette peine minimale. La France a totalement aboli les peines minimales car elles obligeaient les juges à condamner pour des délits moins sévèrement sanctionnés pour éviter une sanction qu'ils estimaient trop lourde.⁶⁴

Ce ne sont que quelques exemples mais ils nous montrent qu'en recherchant le plus grand commun dénominateur, nous aboutirons à un système complètement nouveau, dans lequel aucun système national se reconnaîtra totalement. Concernant la méthode de développement d'une nouvelle procédure pénale, les expériences des diverses juridictions pénales internationales peuvent se révéler extrêmement instructives.

Il y a un autre aspect de la création d'un droit pénal européen dont il faut parler: celui de la langue. Dans un système commun de droit pénal européen, une seule langue véhiculaire me semble inéluctable. Parce qu'une langue est en même temps un langage juridique, l'utilisation de langues différentes conduit à des interprétations différentes. L'utilisation de notions telles que *opzet* et *nalaten* en néerlandais donne inmanquablement lieu à une interprétation juridique néerlandaise ou, si vous voulez, belge. Tous ceux qui font du droit comparé savent que des termes comme *intent* et *omission* couvrent des concepts juridiques totalement différents qui s'inscrivent dans des contextes tout à fait particuliers. Avec une mise en œuvre européenne, et donc commune, ces différences qui découlent de l'utilisation de différentes langues n'auront plus leur place. Dans son désir d'intégration et d'harmonisation, l'Union européenne se met elle-même des bâtons dans les roues en soutenant que toutes les langues européennes ont valeur de langue authentique.⁶⁵ Cela portera leur nombre à 20 !

64. A.M. van Kalmthout et P.J.P. Tak, *Ups en downs van de minimumstraf, Een verkennende studie naar het voorkomen van minimumstraffen in Frankrijk, België, Duitsland, Engeland en Wales*, Nijmegen 2003.

65. Voyez également W.C. van Binsbergen, *Integratie, Een revolutie? Discours inaugural Utrecht 1963*, p.12.

En optant pour une seule langue, un langage juridique européen pourra naître. Il est évident que l'anglais est la langue de choix. Mais cela pourrait également poser un problème, car on est en droit de penser que la structure commune du droit pénal devrait s'orienter davantage vers un système de civil law. Mais les expériences des différentes juridictions pénales internationales nous apprennent qu'un système totalement nouveau voit le jour, qui trouve son propre équilibre malgré l'arrivée de nouvelles règles issues de différents systèmes. L'anglais devrait donc, dans ce contexte, se détacher de son contexte national spécifique. Mais avant d'en arriver là, et aussi longtemps que la mise en œuvre du droit pénal restera purement nationale, la langue néerlandaise est la langue juridique et académique. Cela exige que l'enseignement et la recherche du droit pénal se fassent en néerlandais, et c'est pour cette même raison que (l'original de) ce discours est prononcé en néerlandais.

L'eupéanisation de la protection juridique

Dans mon exposé sur les limites de juridiction et sur la mise en oeuvre d'une compétence pénale européenne, je n'ai pas encore évoqué la protection des droits de l'homme qui en est indissociable. L'Union européenne oublie parfois encore qu'une mise en oeuvre transnationale soulève ses propres questions au niveau de la protection juridique. Tout d'abord, les cas où les États coopèrent pénalement. La protection des droits de l'homme est actuellement encore très cloisonnée et nationale mais son adaptation à une coopération internationale n'en reste pas moins indispensable.⁶⁶ Orie décrivait ce phénomène dès 1983 dans son célèbre article comme « la fracture de l'entraide judiciaire internationale »⁶⁷ Dans la coopération en matière pénale, le suspect et les autres personnes concernées sont, dans la plupart des cas, privés de recours tant dans l'État requérant que dans l'État requis. Dans l'État requérant, parce que l'on peut difficilement se plaindre d'irrégularités qui ont été commises à l'étranger sous la responsabilité de fonctionnaires étrangers. Dans l'État requis, il n'y a généralement pas d'introduction parce que l'affaire criminelle n'y est pas instruite et que l'entraide judiciaire intervient souvent à un moment où le suspect ne sait pas encore qu'il fait l'objet d'une information. Le refus de reconnaître l'existence d'une mise en oeuvre transnationale favorise l'apparition d'une fracture. Nous pouvons donc dire sans exagérer que, de ce point de vue, une mise en oeuvre purement nationale du droit pénal nuit gravement à la protection des droits d'un suspect et des autres personnes concernées. Le maintien de deux systèmes de garanties juridiques limite la protection juridique réelle. Dans ce cas, un plus un égale zéro.

66. Sur la position de défense transfrontalière: Spronken, A place of greater safety, Bespiegelingen over een Europees Statuut voor de strafrechtsadvocaat, discours inaugural, Maastricht 2003.

67. A.M.M. Orie, De verdachte tussen wal en schip of de systeem-breuk in de kleine rechtshulp, in: Bij deze stand van zaken, bundel opstellen aangeboden aan A.L. Melai, Arnhem 1983, p. 351-361.

La reconnaissance mutuelle par les États membres de leurs actes doit englober tous les aspects de l'assistance, sans tolérer la moindre exception pour la responsabilité des États concernant leurs actes réciproques sur la base de la Conv.eur.D.H.. L'État qui utilise les services d'un autre État doit être responsable en cas de violations des droits de l'homme. Cela implique que les États coopérant doivent assumer la responsabilité non seulement des avantages mais aussi des inconvénients de l'assistance étrangère. Cela permet de prendre ses distances par rapport à l'aspect arbitraire de l'état actuel des choses. Si aujourd'hui le plaignant découvre à temps quels sont les États impliqués dans une enquête menée à son encontre, il doit souvent choisir au hasard l'État contre lequel il dirigera sa plainte éventuelle: l'État requérant ou l'État requis. L'ancienne Commission européenne des droits de l'homme et la Cour eur.D.H. ont toujours rejeté une responsabilité commune de plusieurs États.⁶⁸

Le cas Sari en est un bel exemple. La Cour eur.D.H. avait rejeté une plainte dirigée contre le Danemark et la Turquie portant sur une violation du délai raisonnable. Certes, l'ensemble de la transmission des procédures répressives et du jugement avait duré plus de 10 ans mais la responsabilité pour cette période fut partagée équitablement entre les deux pays, ce qui, d'un point de vue individuel, n'était pas déraisonnable, selon la Cour.⁶⁹ A mon avis, il ne relève pas de la responsabilité du plaignant de constater précisément quelles sont les responsabilités respectives d'États coopérant en cas de violations des droits de l'homme. Ce qui compte, en définitive, c'est que l'action conjointe des deux États concernés à son encontre était déraisonnable. L'article 1^{er} de la Conv.eur.D.H. impose aux États contractants une obligation commune de prévenir des violations de la Convention. Je vois cela comme une sorte de responsabilité solidaire. Avant l'appréciation globale de la procédure pénale, un citoyen devrait pouvoir exercer des recours dans chaque État concerné.

L'action future que mènera l'Union européenne concernant le respect du droit pénal est subordonnée à la condition d'adhésion à la Conv.eur.D.H. Cela offre des garanties juridiques conformément aux traditions juridiques de tous les États membres et nettement plus de protection que la sélection assez curieuse et limitée des droits de l'homme en droit pénal qui a été faite dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et dans le projet de Constitution pour l'Europe.⁷⁰

68. A.H. Klip, Die EMRK und die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen, Universität Halle, sous presse. A.H. Klip, The Decrease of Protection under Human Rights Treaties in International Criminal Law, 68 *Revue Internationale de Droit Pénal* 1997, p.291-310.

69. Cour eur.D.H.opéenne des Droits de l'Homme, 8 novembre 2001, Sari contre le Danemark et la Turquie, 21889/93, par.91 et 99.

70. Voyez également art. II-47 – 50 projet de Cconstitution pour l'Europe de l'Union européenne et articles 47-50 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Permettez-moi de conclure. Il faudra que coule encore beaucoup d'eau dans la Meuse avant que l'Union européenne entame une concrétisation plus systématique du droit pénal. Cela est lié à toutes sortes d'aspects institutionnels de la réalisation d'un droit pénal européen et à la question de la faisabilité politique. La soi-disant débâcle de décembre dernier, alors que la Constitution pour l'Europe n'avait pas encore vu le jour, ne pourra que bénéficier au développement du droit. Le législateur européen a tout intérêt à prendre son temps s'il veut que ses instruments juridiques soient de qualité. Le véritable enjeu est que le système réponde aux exigences imposées sur la base des droits fondamentaux et qu'il s'agisse d'un droit pénal à mettre en oeuvre; il serait préférable de réduire l'importance de ce droit pénal, car ce n'est qu'alors qu'il pourra jouer un rôle essentiel dans la société européenne et néerlandaise.

Criminal Law in the European Union

Inaugural lecture

given on the Occasion of the Inauguration as
Professor of Criminal Law, Criminal Procedure and
Transnational Aspects of Criminal Law
at Maastricht University on Thursday, 29 April 2004

by

mr André Klip

KLUWER 

Deventer

2004

On February 7th 1992, the Treaty on European Union was concluded in this city. With this treaty a development started that makes it impossible any longer to look at criminal justice as purely national. Whether or not consciously, steps were taken that could lead to a common European criminal justice system. The essence of my argument today deals with the meaning of this fundamental and structural change in criminal justice from national to European level for criminal legislation, criminal policy and research in criminal law.¹

The position of criminal law in our society

At the present juncture, criminal law enjoys a lot of attention from the media, government and politics. From this point of view, criminal law is doing very well. Themes related to criminal law cannot be missed in the news bulletins. Almost every citizen has an opinion on what and who should be punished, how that should be carried out, and how severe the penalty should be. I welcome that my field of law takes such a central position in society. But all this attention has its drawbacks. The expectations on what can be reached with criminal law are very high,² too high in my opinion. In many cases criminal law, at least the image of it, has become *primum remedium*: one of the first means to be used to fight unwanted behaviour. This development is not strictly Dutch and it has taken place in other countries and certainly in the European Union as well.³ On top of that, if there is one protagonist of the idea of *primum remedium* of criminal law it is the European Union. This is expressed up to now in an unremitting stream of legal instruments touching upon matters of criminal law.

In the Netherlands, proposals were made to punish parents for negligent upbringing when their children commit criminal offences.⁴ Possibly female circumcision will soon also be criminalised if the operation is performed in a foreign country, and girls from high-risk groups should be examined for that regularly. The extension of several periods of statutes of limitation feeds the expansion of the omnipotence of criminal law. Criminal law expands continuously: the number of criminal offences, the people involved, the place of the of-

1. This does not mean that the European Union cannot be influenced by other entities, such as the United States. See Joachim Vogel, *Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2002, p.517-534.
2. P.J. van Koppen, *Verankering van rechtspraak*, *Over de wisselwerking tussen burger, politie, justitie en rechter*, inaugural lecture Vrije Universiteit Amsterdam 2003, p.65.
3. See also J. de Hullu and E.A.M. Verheijen, *De beoordeling van Eurostrafrecht, Delikt en Delinquent* 2002, p.696-697.
4. Letter of the vice-minister for Justice, *Niet-vrijblijvende vormen van opvoedingsondersteuning*, Parliamentary Documents Second Chamber 1999-2000, 27197, nr.1, p.11.

fence and in time. As an instrument criminal law has reached an untouchable status with quite a moral charge.⁵

Recently a new aspect was added to this matter, which eternalizes the status of being a convict and makes it absolute: appeals are made to inform the neighborhood when a sex offender is living in their midst; appeals to take away the Dutch nationality of second generation Dutch or to exclude convicts from employment. Such activities exclude people from society forever. Academics have to set an example towards society to make a stand and to explain that criminal law does not exclude but includes, which means that sometimes things are over and that any convicted person, after he has served his time, returns to society unconditionally, and that there is no place for new sanctions, banishments or pillories.⁶

Within this context it is not surprising that politicians (European and Dutch) try to gain more and more control of the actual enforcement of criminal law. Sometimes by doing so, politicians create a picture that law enforcement is not in good hands (at least not all the time) with those who are responsible for it. By order of the Dutch Parliament (the Tweede Kamer) out of court settlements with certain entrepreneurs were to be submitted to the Minister of Justice for his approval. With the introduction of minimum sentences, judges are forced to impose substantial and high penalties.⁷ Politicians, including members of the Dutch Cabinet, often express a conceited opinion about the way individual criminal cases are dealt with. Their criticism does not address criminal law itself but it turns to various segments of those executing it: the police who do not catch thieves; the Prosecution that does not indict or indicts for offences that are not severe enough; and the court that sentences too low.⁸

Of similar nature are the persistent complaints on European level by the European Commission about not prosecuting EC-fraud. In the opinion of the Commission, prosecution by national authorities is done so badly that it would like to do it itself. The establishment of her own anti-fraud unit was not sufficient for the Commission. For several years, it has been pleading for the foundation of a European prosecutor. All of these are attempts to increase the use of criminal justice. This denies the capabilities of criminal justice and ignores the fact that it is impossible to prosecute every criminal offence. If the capacity of the entire

5. Buruma pointed at the moral character of recent amendments of substantive criminal law. Y. Buruma, *Grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid*, in: *Glijdende schalen*, Liber amicorum J.de Hullu, Wolf 2003, p.76.

6. See also C.H. Brants, *Over levende gedachten*, inaugural lecture Utrecht 1999.

7. But these very same courts also have to interpret rules more and more vaguely described. This leads to more and more room for discretion.

8. See for an interesting empirical research on the confidence of the public in court decisions: T. van der Meer, *Vertrouwen in de rechtspraak*, rechtstreeks 1/2004, p.9-55, as well as P.J. van Koppen, who claims that (p.1) criminal law as such meets criticism, however, from his research it appears that the criticism is directed towards several officials in the whole chain of investigation, judiciary and execution of the sentence.

criminal justice system stays the same, automatically the number of crimes without a response increases. As Boutellier says, one could in this respect speak about a permanent feeling of crisis.⁹ Looking at the criminal justice system in this way, things are not going so well.

Responsibility of criminal law research

The latter conclusion is something academics should be concerned about; researchers ought to interfere with the development and shape of criminal law. This is nothing new and it has been happening for years now. What is new is the decreasing influence of criminal law academic community on policy and legislation. How can this decreasing influence of science be explained? In my opinion, the most important reason is the diversity of the working methods of the media and those of scientists. The quick black and white approach of the media, seeking confrontation, does not fit with the nuance and larger correlations of our métier.

Politicians have in some way become increasingly dependent on the media. A politician stating that eradication of all evil is impossible is turned by the media into a politician who does not mind when criminal offences are committed. Which politician has the courage to say that trying to solve a 29-year old murder case goes at the expense of investigating and prosecuting today's criminal offences?¹⁰

The media often create a wrong image of the reality of law enforcement.¹¹ The images of crime and justice created by the media differ so much that this deserves a study of its own. A good example is the unproven notion that the Netherlands has a climate of mild sentence. Our regulations concerning early release are much more severe than those in other countries and convicts serve a greater deal of their imposed sentence. My first impression is that our sentence climate is more severe than that of many other European countries, but proving this demands extensive research. Journalists continue to write that suspects are released due to "technicalities" although these hardly exist anymore since the early nineties. Convicts are released from prison because of "good behavior", a criterion that has not been used in the Dutch criminal justice system anymore for over twenty years. Yet, one keeps reading that those convicted to life imprisonment in the Netherlands are eligible for early release, which is not the case. Life imprisonment is for life.

9. H.Boutellier, *De veiligheidsutopie*, 2003, 2nd edition, p. 158.

10. The experiences with the prosecution of war crimes, years after the facts, learn us that tremendous evidentiary problems may result from the passing of time. At the ICTY such problems have been partly resolved by extensive interpretation of participation in the offence: joint criminal enterprise. Criminal responsibility is implicitly defined as risking to join a group of people later engaging into criminal conduct. See for example ICTY, Judgement, Prosecutor v. *Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-T, T. Ch.II, 10 December 1998, Klip/ Sluiter III-685, par. 216; ICTY, Judgement, Prosecutor v. *Tadić*, Case No. IT-94-1-A, A.Ch., 15 July 1999, Klip/ Sluiter III-761, par.220.

11. Brants, p.34-36.

Fact and fiction are mixed. What is truly going on with crime is not relevant anymore, what matters is image building.¹² In the way crime is presented, the first matter of importance is that we are dealing with criminals, the notion that in the end the European criminal is a European citizen and that he also emanates from the European society and therefore may claim that freedom, safety and justice is completely lacking. De facto, the pillory has returned from the Middle Ages into our modern society by means of the press. It is therefore justified that courts take into account to what extent suspects have been exposed by the media in their verdicts. In this way, the media contribute to the execution of punishments and thus a real factor. I fear that such a development in which criminal policy is also determined by what happens in the media will be strengthened by Europe. In this way fiction can turn into reality. This gaping hole can lead to a race of asking too much, followed by new competencies, followed by a further descent of the actual grip of criminal law on society. In here lies a danger for legal certainty and legal protection. The extension of competencies strengthens the position of the government, but also her scope for policy making and it enlarges the chance of arbitrariness. Indicating this phenomenon is the duty of academics so that a vicious circle can be broken. This can be achieved by discussing criminal law itself as an enforcement instrument.

When crime is presented as a solvable problem there is a risk that means are used that fit such an unreachable aim. In my opinion, criminal law ought to lose much of its inviolability and should be put on a much more modest rank on the scale. This may however not lead to a situation in which complaints about a lack of safety as expressed in society are simply disposed of with classifications like a "healthy sense of justice of the people". Between a fascist rape of justice and a lack of any sense of the needs of society is quite some room. Eventually the criminal justice system exists for the people and it does not operate in a sterile abstract laboratory situation. Criminal justice ought to serve society, but precisely because of that it should be real and trustworthy.¹³ Our social task lies there: inform society about what can and what cannot be done. Keep pointing on facts and consequences and raise the right questions, even if the explanation takes a bit longer. If politicians ask for ready-made solutions that do not exist, they should be answered that this is not possible.¹⁴ I do not worry about any estrangement between politics and academia; this has always been the situation and it confirms the necessary critical distance.¹⁵

In another area criminal justice could be under discussion as well. In times when new standards and moral values are being laid down this could eventually lead to the redefining of basic principles of criminal law. This might sound threatening at first but it seems desirable to me since we have gone completely astray in the Netherlands from a principled point of view. Distinctions relevant in earlier times

12. G.J.M. Corstens, *Een stille revolutie*, Arnhem 1995, p.14.

13. J. de Hullu, *Recidive en strafftoemeting*, Deventer 2003, p.4.

14. J. de Hullu, *Recidive en strafftoemeting*, Deventer 2003, p.11.

15. See Parliamentary Documents Second Chamber, 1991-1992, 22268, nr.5, p.5.

between commission, participation and being an accessory to a criminal offence have in case law degenerated to: you were there, you are in for it! And I have not even started yet about the range of complicity in a criminal organization as referred to in Article 140 of the Dutch Penal Code. This development is at odds with the basic principles of classical criminal law, which expects as its *actus reus* a "voluntary muscular movement" and only reverts to a controlling instrument when other methods fail. Moreover, the principle of *mens rea*, in practice, has been abandoned in many fields and strict liability is being introduced into criminal law.¹⁶

Does this mean that the present criminal law is not up to date anymore? Should we look for new principles and structures? And if we should do so, should we not do that in the Union rather than on national level? Many technical developments have materialized that did not exist in the late nineteenth century when our criminal code was realized. The place of the Netherlands in the world has changed. This was also the conclusion of the Minister of Justice when he opined that we should seek a system that fits in the present time.¹⁷ To me that sounds like a correct conclusion. But I still miss the critical and fundamental discussion about new principles. For my part this is more about the question what role we would like give to criminal law in our society and how *actus reus* and participation are being defined than about detailed questions on whether the criminalisation of sex tourism must be realized also in cases of foreigners integrated as residents into the Netherlands, as now arranged in Article 5a of the Penal Code. For an abstract science like law, nothing is certain for ever and ever; it is all constantly subject to change. This might lead to reconsideration of concepts that had a right to exist for a long time, but this might also lead to the conclusion that some rights cannot be tampered with without abandoning the principles of a democratic constitutional state.

What is the role of the European Union in criminal law?

It is about time that I introduce to you what I mean by criminal law in the EU; after all you have come here to hear me talk about that. I would like to define criminal law of the EU as the whole of rules of the European Community and the European Union with a dimension of criminal law. This can be distinguished on three levels:

1) a national level:

- the criminal law enforcement of community law (voluntary choice for the use of criminal law/ obligation to enforce);¹⁸ as well as enforcement of behavior

16. See D. Roef, *Strafrechtelijke verantwoordelijkheid in de risicomaatschappij*, in: P.L. Bal, E. Prakken, G.E. Smaers, *Veiligheid of vergelding?*, Deventer 2001, p.33-36.

17. Criminal law in a changing environment (*Strafrecht in een veranderende omgeving*), Lecture by the Minister of Justice Donner on 1 December 2003 at the Catholic University of Nijmegen.

18. See J.A.E. Vervaele, *Handen en tanden van het gemeenschapsrecht*, Inaugural Lecture Utrecht 1994.

- made liable to punishment by the Union (as incorporated in Council Joint Actions, Framework Decisions and Conventions);
- 2) a level between nations:
 - the regulation of the administrative and criminal co-operation (leads de facto to joint enforcement);
- 3) a supranational level:
 - the real (supranational) European criminal justice system with direct enforcement on the European level. With the exception of enforcement in the field of competition law, this has not been realized elsewhere but there are proposals.¹⁹

Henceforth in my argument, I will in particular talk about the relation between the national and supranational level, as well as the design of that European criminal justice system.

Thirty-five years ago, on the eve of the completion of the network of treaties on legal assistance of the Council of Europe, offering states the possibility to help each other at every stage of criminal investigation, criminal procedure and execution, Van Agt stated in his inaugural lecture To an extrovert criminal law "that punishment by national authorities is – at the end of the day – not geared towards the preservation of separate national communities, but on the well-being of people in their across the border society. In this view it is appropriate to entrust the national judge with the enforcement of norms set out somewhere else as well, as long as a more just and more functional dispensation of the fair administration of justice is achieved."²⁰ Ten years later, in 1979, the same Van Agt – then Prime Minister of the Netherlands – torpedoed the plan of the French president Giscard d'Estaing for an espace judiciaire with a Dutch veto.²¹ Since then a lot has changed.

First of all, the influence of treaty law on criminal law has risen exponentially. I have calculated how much time it took the Netherlands to conclude fifty treaties with relevance to criminal law in the past century. From April 18th, 1904 until August 28th, 1954 (50 years); until the 8th of August 1975 (21 years); until the 20th of December 1988 (13 years); until the 10th of March 1995 (almost seven years); until the 21st of May 1997 (two years); until the 25th of May 2000 (three years); until September 2003 (3 years and four months). At first it looks as if

19. On the basis of the case law of the European Court of Human Rights, it is my understanding that EC competition law is to be regarded as criminal law, subject to all requirements of Article 6 ECHR. I thus follow a different approach than Corstens who subdivides European Criminal Law in three parts: 1) cooperation in criminal matters; 2) human rights based in the ECHR; 3) the implementation of community law into national law. See G.J.M. Corstens, *Europees strafrecht*, in: *Rede en Recht, Liber amicorum Nico Keijzer*, Deventer 2000, p.11-25.

20. A.A.M. van Agt, *Naar een extravert strafrecht*, Inaugural Lecture, Katholieke Universiteit Nijmegen 1969.

21. See Supplement to the Parliamentary Documents Second Chamber, 1978-1979, nr.1261. See also A. Weyemberg, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles 2004, p.14-15.

treaty production is decreasing. This is not the case. Nowadays more and more European legal instruments are adopted in other forms. I started with the donkey work of mapping out all these joint actions, common positions, recommendations, decisions and framework decisions but I still have a long way to go. Not only the European Union, but also other organizations like the United Nations, have contributed to a gradual shifting of the primacy of legislation in criminal law from a national to a supranational level.

It is my assessment that this development will become more intense, especially within Europe. The explanation for this development is to be found in the role of criminal law in society mentioned earlier and the very high pedestal on which the member states have placed it. The Treaty on European Union states in Article 29 that it "shall be the Union's objective to provide citizens with a high level of safety within an area of freedom, security and justice." This ambition can be characterized as the codification of the safety utopia that has been described so poignantly by Boutellier.²² It links the social feeling to legal possibilities and will in this way determine the position of criminal justice in the European society and the relation between national criminal law and the criminal law of the EU. The treaty also strengthens the citizen's consumer-like claim for safety from the (European) government directly.²³ Unlike the times of Van Agt and Giscard d'Estaing (in his first political life) national criminal law is under pressure because it turns out to be an ineffective means in the extermination of crime. Sovereignty is in this case seen as being in the way of this effectiveness.²⁴ Rather pessimistically it should be expected that politicians will not be able to resist the pressure of transferring more and more criminal law to the European Union. Subsequently, this will increase the pressure on the Union to take more enforcement in its own hands. From the Treaty on European Union results thus an increased importance of criminal law to our society.²⁵

Is the development criminal law in the right hands with the European Union? The answer to this question is negative at the moment. After all, there are many examples of legislation on Union level without demonstrable necessity (either to legislation, or to European legislation). In 1997, shortly after the apprehension of Dutroux, a Joint Action was promulgated that *inter alia* addressed the war on international networks of child abuse. In the current criminal procedure nothing of this cross-border component is left.²⁶ Following the attacks on September 11th,

22. See further H. Boutellier, *De veiligheidsutopie*, 2nd edition 2003, p.47. This area reappears in identical wording in Articles 41 and III-158 of the Draft Constitution for Europe.

23. This raises the question whether there is an individual role (duty) for the citizen in creating freedom, security and justice. Also here we see a gradual shift: the Treaty of Amsterdam wanted to bring Europe closer to the citizen. Now, the Draft Constitution for Europe wants to bring the citizen closer to Europe.

24. See for instance C. Rijken, *Trafficking in Persons*, diss. Universiteit van Tilburg 2003, p.9.

25. The European liberties paradoxically feed the feeling of insecurity. See Ralf Dahrendorf, *De Volkskrant* 16 April 2004, p.13.

26. See A. Weyembergh, p. 344: "les grandes difficultés auxquelles sont confrontés les travaux de rapprochement des législations pénales accroissent la tentation de suivre l'événementiel et

the EU introduced a European Arrest Warrant because, it was argued *inter alia*, that too many extraditions would be rejected and double criminality would stand in the way of cooperation. Data on large number of rejections have never been produced. There is legislation for problems that do not exist.²⁷ The comparative legal research sometimes done by the European Union as a support for a legislative proposal or a proposal to follow implementation of legislation does not meet the requirements that may be set. It gets stuck on a level of normative comparison without involving the context and the actual enforcement.²⁸ The scoreboard phenomenon, obliging member states to report when they have ratified and implemented regulations and which authority is responsible for enforcement, brings back memories of the five-years plans of the Soviet-Union. These were always met as well, but disguised reality. The increase in importance of the European Union should in my opinion be accompanied by a realistic insight in European crime. Fijnaut has called for the realisation of a European research area.²⁹ If this means the introduction of more European comparative legal research and European criminological research in the preparation, support and review of both legislation and policy this seems to me a good choice.³⁰ In this respect a European research and documentation centre on crime is dearly missed.³¹

The Union does regulate enforcement of law, but exclusively in the repressive normative function of criminal law, and not in its power-critical sense. This leads to a lopsided growth at the expense of both the enforcement and the legal protection. In my opinion that is a big problem: Not the European origin of legislation, but the quality and the quantity of European criminal legislation are a constant source of concern. The legislative machinery of the Union makes the criminal law of the European Union an ever more complex and inaccessible field of law. The European rule of law would be served by a legislative recess. I have been critical before, without any noticeable success however, that there is no reflection and that the effects of a certain instrument are not even waited for.³² A recent example of this pattern I would say is the proposal for a Council

d'exploiter les drames de l'actualité pour obtenir le consensus nécessaire, ce qui favorise le recours à des définitions larges négociées et adoptées dans l'urgence, sans réflexion approfondie."

27. A.H.J. Swart, Een ware Europese rechtsruimte, Inaugural Lecture Amsterdam 2001, p.29. Additionally, Swart raises the question whether there is no relation with the real willingness of states to make international cooperation successful.
28. On research methods and comparative criminal law: C.J.C.F. Fijnaut, *Rechtsvergelijking en strafrecht (swetenschap): enkele methodologische beschouwingen*, Preadvies voor de Nederlandse vereniging van rechtsvergelijking, no.61, Kluwer 2001.
29. See Fijnaut, *preadvies*, p.88.
30. C. Fijnaut, *De Europese Unie: een luthof voor (strafrechtelijke) rechtsvergelijking*, Deventer 2001; idem *De uitbreiding van de Europese Unie en de strafrechtsvergelijking*, in: *De meerwaarde van de rechtsvergelijking: Opstellen aangeboden aan prof. mr. H.U. Jessurun d'Oliveira*, p.201-213.
31. Although European Monitory Centers for Drugs and Drugaddiction as well as for Racism and Xenophobia exist.
32. A.H. Klip, *Amsterdams uniestrafrecht*, NJB 1998, p.811-816; *Neuere Entwicklungen im europäischen Strafrecht und in der europäischen Zusammenarbeit in Strafsachen*, in: *22. Strafverteidigertag vom 20.-22. März in Erfurt*, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Köln 1999, p.39-54. See also C.J.C.F. Fijnaut, *De strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap tegen fraude, Delikt en Delinkwent* 2000, p.972-988.

Framework Decision on the European Evidence Warrant. In this proposal, EU treaties of 2000 and 2001 are replaced without even coming into effect. Also the earlier mentioned Dutroux-decision has been replaced by a new framework decision of last December.³³

The activities of the European Union in the field of criminal law show a problem-based character. However, it is difficult to recognize any coherence or system. Swift symbolic acting is considered more important than good well thought-out acting. In my opinion, the EU criminal policy is counterproductive, as a consequence enforcement of the law and legal safeguards of the citizen being its victims. A German colleague characterized this as *Systemschutz-Strafrecht* (criminal law protecting the system): "At the horizon appear a union-wide symbolic criminal law and criminal justice system, as an expression of the incompetence of the political order for a structural reform of society."³⁴ What he means is that the use of criminal law for political purposes does lead to a continuation of the political order but does not lead to any realistic use of criminal law. To this I would like to add that this implicates the danger that a paper legal order thus created is in fact unusable in daily practice and that enforcement will take place on a rather arbitrary basis. This can only damage the confidence in the protective function of the rule of law.

How to go ahead? What could belong to the criminal law of the European Union?

At the occasion of the opening of Eurojust, today exactly one year ago, the Dutch Minister of Justice suggested to create a special European competence for certain cross-border criminal offences and leave the rest of the criminal offences to the national authorities.³⁵ To cut a long story short it is his point of view that it is no use to harmonize the entire criminal justice system because 90% of all criminal offences has only national interfaces. The proposal of the Minister was not worked out in detail yet but it is very interesting.³⁶ Especially in the light of the discussion concerning the Constitution for Europe and the upcoming Dutch presidency of the EU, new initiatives may be expected.

A division between European and national criminal law implicates - as I see it - a complete European criminal justice system, a European criminal court, a European Prosecution, European police, all based on European legislation and

33. Council Framework Decision of 22 December 2003 on combating the sexual exploitation of children and child pornography, OJ 2004, L 13/44.

34. P.-A. Albrecht, *Europäischer Strafrechtsraum: Ein Albtraum?*, Zeitschrift für Rechtspolitik 2004, p.1-4.

35. A few days later this point of view was reiterated in the Memorandum on a European Legal Space, see *Een Europese strafrechtelijke ruimte van 9 mei 2003 van de Staatssecretaris voor Europese Zaken*, kenmerk DIE-258/03.

36. See already Ch.J. Enschedé, *A Model European Criminal Code?*, Report for the Council of Europe 1971, reprinted Arnhem 1990.

supervised by a free elected European Parliament. If we do this, it requires a conceptualization of what is to be European criminal law and what it means to be national criminal law.³⁷ However the memorandum released by the Minister of Justice in March 2004 does not build on the thought of distinction pronounced last year.³⁸ The government holds on to the condition of double criminality in the co-operation with other member states as far as the proscribed conduct has been committed in the Netherlands. Consequently, if the crime is committed and not liable to punishment in the Netherlands, no international cooperation can be provided.

I would like to propose a different model that could look as follows: if the point is that foreign countries can not claim jurisdiction over offences that are not liable to punishment here, yet they are committed here, then the restriction of the jurisdiction ought to be the leading principle. This leads to a completely different rule: jurisdiction inside the European Union is only to be established on a state's own territory.³⁹ In this view Germany can no longer prosecute (soft) drug abuse in the Netherlands by a German citizen. But it also means that if the Greek deem it necessary to make the "spotting" of registration numbers of airplanes criminally liable we will assist them with the investigation and prosecution.⁴⁰ This requires a lot of trust, but it offers tremendous advantages for the enforcement of law as well as the protection of the rights of individuals. It is always clear which state can be called upon to enforce. After all the present situation of overlapping jurisdiction leads to a continuous discussion between member states whether an offence should be criminalized and what criminal policy should be followed.⁴¹ Moreover, abolishing the double criminality requirement and restricting jurisdiction to the territory of the state where the crime was committed builds upon on the existing network of international co-operation in criminal matters.⁴² After all the network of cooperation of the Council of Europe has never been able to incorporate one important theme: an arrangement for jurisdiction conflicts.⁴³

37. I fully agree with the government's view that a clear delimitation is needed. See Parliamentary Documents Second Chamber, 2003-2004, 28473, nr.35, p.4.

38. Memorandum on the requirement of double criminality (Notitie Het vereiste van dubbele strafbaarheid in het Nederlandse strafrecht), Parliamentary Documents Second Chamber, 2003-2004, 29451, nr.1; Proposal for a Council Framework Decision on the European Evidence Warrant for obtaining objects, documents and data for use in proceedings in criminal matters COM (2003/0688 final).

39. It is questionable whether there is a similar need with regard to extraterritorial investigations.

40. Such an approach corresponds better to the legality principle.

41. It allows the Netherlands, then, to depart from the defensive and reluctant attitude towards initiatives regarding European Criminal Law. See for instance the government's Memorandum on Criminal Law and Criminal Procedure in Europe (Strafrecht in Europa), Parliamentary Documents Second Chamber, 1998-1999, 26656, nr.1. See also P.H.P.H.M.L. van Kempen, *Waarborgen tegen de onwrichtende werking van Eurostrafrecht, Glijdende schalen, de Hullubundel*, p.247-266.

42. A.H.J. Swart, *Goede rechtsbedeling en internationale rechtshulp in strafzaken*, Inaugural lecture, Deventer 1983.

43. Various attempts to solve the problem by means of priority rules with regard to jurisdictional principles failed. However, it did lead to an interesting study: Council of Europe, *Extraterritorial Jurisdiction*. If the European Union would prevent the jurisdictional conflicts, it would finally respond to its obligations under Article 31 sub c Treaty on European Union.

The expansion of jurisdiction over the national borders once originated from the solicitude that a suspect might get off scot-free and that it therefore should be possible to call him to account in his own country, but not to correct the criminal policy of another country. In the end there are differing opinions about just a few crimes. Most of the criminal offences have been made liable to punishment in some sort of form in the entire Union. The differences that remain are probably too important to neglect.

The demarcation just presented by me deals with the relation between different member states. It gives no solution for difficult cases in which the *locus delicti* can not be easily placed in one state⁴⁴ These cases ought to be arranged on Union level. We therefore need to set criteria for the cases that should be dealt with on a European level.

In the memorandum "European criminal law" presented by the Netherlands' government last year, the following was stated: "An effective war on crime against the interests of the Union (forgery of the Euro and fraud against the financial interests of the Community) and of severe cross border crime, that has to be defined but which can vary from smuggling of illegal goods or persons to the harming of the environment, will in the end demand its own homogeneous jurisdiction that is not cut through by national borders."⁴⁵

In fact, the Minister appeals to criminological insights with regard to the manifestations of crime and more in particular with regard to the question whether the offences concerned are border crossing.⁴⁶ In my opinion, this is the correct road. I consider the current methodology not very well thought-through: establishing an organisation first: Europol, the European Public Prosecutor, or introducing new criminal offences about topics in the news right before a European summit. After all this only influences the image building, not the real law.

The demarcation ought to be found in substantive criminal law, not in conditions for cooperation. For this reason, criminal offences that are to be part of the Euro-

44. Apart from the problem that there is more than one interpretation of jurisdictional principles. See H.D. Wolswijk, *Locus delicti en rechtsmacht*, diss. Utrecht 1998.

45. Memorandum of 9 May 2003.

46. See already D. van Eck, *Het universele karakter van het strafrecht, opstellen over recht en rechtsgeschiedenis, aangeboden aan D. Hermesdorf*, Kluwer 1965, p.149-150: "De ontwikkeling naar een internationaal strafrecht, in zoverre dit hetzij bij de inhoudgeving der normen, hetzij bij de handhaving der normen gedeeltelijk de taak van het nationale gezag gaat overnemen, zal een ontwikkeling moeten zijn, die beslist wordt door het criterium, welk organisatorisch verband der samenleving het strafrecht op de meest verantwoorde wijze zal handhaven. Daarbij zal echter rekening mee moeten worden gehouden, dat de uitvoering van het strafrecht slechts één van de vele taken is, die aan het samenlevingsverband der mensen zijn opgedragen. De beslissing omtrent de verdeling van strafrechtelijke competenties mag dus nooit geschieden naar criteria, die louter en alleen betrekking hebben op de uitoefening van het strafrecht. Het belang van een goede handhaving van het strafrecht zal moeten worden gezien in het gehele verband van de taken, waarvoor de menselijke samenleving zich ziet gesteld."

pean criminal law should meet certain conditions. What are these conditions? In my opinion there are three cumulative conditions:

1. the criminal offence manifests a cross-border character.
2. the prevention, tracing and trying of such an offence experiences more difficulties on national level than on European level.
3. the criminal offence is related to a European field of policy.⁴⁷

The criminal offences involved have a *locus delicti* in several countries, which makes it difficult to designate one particular state as the most appropriate one. Examples of such offences are to be found in customs and excise law, subsidy fraud, money laundering, trafficking in human beings and drugs and arms trade. The second condition deals with efficiency. If the case involves border crossing aspects but national law enforcement agencies can handle them without problems, there is no need for European involvement.⁴⁸ The third element ensures that various enforcement modalities are seen in coherence, but it also emphasizes the thought for subsidiarity.

Naturally, there will be suspects that will not follow such a division of jurisdiction when they plan to commit a crime. Factual complications will occur in which suspects commit European and national criminal offences. The principle of a fair administration of justice, derived from the transfer of proceedings, can play a decisive role in the search for the most appropriate forum here.⁴⁹

Thus, the European legal area leads to three rather well-defined jurisdictions: national, European and outside the European Union.⁵⁰ I feel less enthusiastic about the plans of the European Commission to establish a European Public Prosecutor as expressed in the *Corpus Juris*. It creates a hybrid system, that keeps to the middle between national and European enforcement.⁵¹ The proposed articles III-171 et seq. of the draft constitution of Europe strengthens this hybrid character and they offer no new approach. Similar objections exist against the American solution in which the definition between federal and state criminal law is not very clear and leads to several jurisdictional conflicts.⁵² If we decide to introduce a new European criminal justice system, the European influence on the

47. See my Conditions for a European *Corpus Juris Criminalis*, in Michael Faure, Jan Smits and Hildegard Schneider (eds.) *Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research*, *Intersentia* 2002, p.111. In general, the substantive norm finds its basis in these cases in community law J.A.E. Vervaele, *Handen en tanden van het gemeenschapsrecht*, Inaugural lecture Utrecht 1994, p.36.

48. See Parliamentary Documents, First Chamber, 2003-2004, 28350 (R1720) and 28351, B, p.2.

49. A.H.J. Swart, *Goede rechtsbedeling en internationale rechtshulp in strafzaken*, Inaugural Lecture, Deventer 1983.

50. See also the Minister of Justice, Parliamentary Documents First Chamber, 2003-2004, 28350 (R1720) en 28315, B, p.4).

51. The Netherlands' governments explicitly characterised the European Public Prosecutor in this way. See Parliamentary Documents, First Chamber, 2003-2004, 28350 (R1720) and 28351, B, p.2.

52. In 1971, Enschedé rejected the American Model Penal Code as a suitable example for a European Model Penal Code, see Arnhem 1990.

national criminal justice system will be much less.⁵³ Furthermore, it dissolves the objection that national priorities would be crossed out when more hierarchal competences are given to Europol or Eurojust.⁵⁴

It is not all roses in such a perspective. A European system inevitably also has snags attached to it. New organs are created, which leads to a increase of data flows. A system like this also needs to be psychologically accepted by national law enforcement agencies.⁵⁵ A new institute should not be seen as a threat or as a competitor and in this way be deprived of information. The not particularly prosperous position of Europol makes one pessimistic.

What does this state of affairs mean to harmonisation and mutual recognition?

Harmonisation of national criminal law is not necessary for the system chosen by me in which there is a European criminal justice system for certain offences and a national criminal justice system for the other offences. The present harmonisation of criminal law has been criticized many times and for good reasons. It starts from the impure premise that double criminality stands in the way of cooperation in criminal matters. The chosen method is counter-productive. The real influence of the harmonisation model has so far been marginal, or even absent.⁵⁶ In the first place this has to do with the character of compromise legislation. Instruments are often vaguely written and non-binding. Every member state is left some room how to interpret the instruments. The second reason for the variety of enforcement is the fact that implementation is obligatory. By interpreting the implementation obligations in a "rather national" way in its domestic implementing legislation it is possible for a member state that tasted defeat in the negotiation process to have its own way after all.⁵⁷ The third reason exists in the absence of a common court. The actual role of the Court of Justice in the explanation of Framework Decisions in preliminary rulings is yet to be determined. The fourth reason is the use of different authentic languages. This leads to situations in which there are major differences in the final enforcement in the member states. The day after tomorrow the European Union will grow from 15 to 25 member states, from 375 million citizens to 450 million citizens. That magnitude makes the finding of a common

53. In several of the Memorandums on European Criminal Law the government enumerated the principles of Dutch law that were non-negotiable. See Memorandum on the relationship between community law and criminal law (Notitie betreffende de verhouding gemeenschapsrecht – strafrecht), Parliamentary Documents Second Chamber, 1991-1992, 22300 VI, nr.39; Memorandum on Criminal Law and Criminal Procedure in a European context (Notitie Strafrecht en strafprocesrecht in Europees verband), Parliamentary Documents Second Chamber, 1998-1999, 26656, nr.1.

54. The Minister of Justice rightly pointed at this in his 29th April 2003 speech delivered at Eurojust.

55. See A.H. Klip, Integrated Protection of the Community's Financial Interests: Shift from "State-State" Approach towards Verticalisation of the Procedure?, in: J.A.E. Vervaele (ed.), Transnational Enforcement of the Financial Interests of the European Union, Intersentia 1999, p.95-108.

56. See for example T. VanderBeken, From Brussels with Love, Bespiegelingen over de invloed van de Europese Unie op het Belgisch strafrecht, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 2002. See Weyembergh, p.336.

57. See Weyembergh, p. 342.

denominator even harder then now. The binding force of harmonisation will decrease even more.

Starting from separate jurisdictions – a European one with regard to specific European offences and several national jurisdictions on behalf of national offences – there is then no need for the condition of double criminality. Accordingly, one reason for harmonisation of substantive criminal law is lost. Although in my assessment harmonisation may fulfil a function with regard to procedural aspects of law. This requires an explanation.

If the member states accept from each other that the execution of jurisdiction is exclusive, this will lead to an important contribution to an unconditional mutual recognition of hand- over warrants of persons and exhibits and other decisions. In a system of unconditional recognition, the barriers between criminal justice systems disappear.⁵⁸ In order to come to a complete freedom of movement, several obstacles have to be removed. For example, the conditions to proceed with the apprehension of suspects differ from one member state to another. This puts a member state under pressure that sets higher conditions. Similar problems can occur by other means of coercion and the collection of evidence. The convergence towards one another of the conditions that are to be fulfilled before search and seizure is allowed will take away the objections against the recognition of a foreign order.

Such findings show the need for a conceptualization of the principle of mutual recognition. What is it exactly that needs to be recognized? That some material conditions need to be met before applying any methods of coercion? That a certain authority has determined this? That the requested country applies the procedural rules for collecting evidence as applied by the requesting state? And why should the obligatory execution of a foreign request interfere with the state's own administration of justice? In short, the notion needs to be provided with a concept.

In the present situation, the state that makes the first move determines that another state ought to acknowledge something. Why in a system of mutual recognition should a state that prosecutes be given priority over a state that has decided to attach no consequences to a certain act? With the limitation of jurisdiction, such a question is no longer under discussion.

58. A.H.J. Swart, *Een ware Europese rechtsruimte*, Inaugural Lecture, Deventer 2001, p.24.

Previously I spoke about the distinction between European and national criminal law, but I have not said anything about the creation of European criminal law. What could it look like?

Basically there are two methods to determine how European criminal law and criminal procedure are to be given shape and content. At this level, we also need to think about the law of criminal procedure because after all it is all about the creation of a new system. The first method is to derive the system from the work already performed by the European Union. The second one is to induct it from common criminal traditions. Both exercises will be anything but easy. This is not surprising. It would only be the third time in history that attempts are being made to create a common criminal justice system in Europe. After the Romano-canonical criminal law and the Napoleon's Code Pénal, the circumstances are now fundamentally different.

What does it mean if we try to deduct the common denominator out of the instruments of law already accepted by the Union? The substantive part of criminal law can be characterized as strict liability.⁵⁹ The real conduct of the offender is not really important. What matters is the position or responsibility of the offender. Perhaps building on the EU economic regulation law of the internal market determines EU views here. The instruments of the European Union contain elements of what belongs to the general part of criminal law in all legal systems. Since there has been no systematic thinking on this at Union level, there are a lot of loose ends. They tell us something about what the Union sees as an offender, and how it sees complicity in an offence as well as what the definition of a criminal offence should look like. Almost without exceptions very general articulated definitions of complicity are being used.

The required intent is inferred from the manifestation of the behavior (art 1 paragraph 4 EC Fraud Convention). Furthermore, criminal liability of legal persons and the formal and actual executives of those legal persons must be provided for (art 6 Framework decision on combating the sexual exploitation of children and child pornography). If criminal liability can be founded on the competence to represent a legal person, to take decisions on behalf of the legal person, or to supervise a legal person, the meaning of defenses and excuses is strongly reduced. A judgment about the possible applicability of defenses and excuses is already implicit in the mens rea of the offender with these crimes. Apart from that, some criminal policy elements can be detected - particularly from the preambles - that could influence substantive criminal law. The EU norm is striving for the definitive elimination of criminal behavior (or even criminals) and prevention of recidivism.

59. A development especially to be found in the case law of international criminal courts.

This method does not bring much insight into the development of criminal procedure. The third-pillar-acquis contains relatively few provisions concerning criminal procedure. That makes sense because so far enforcement is a national affair. The emphasis lies in particular on harmonization and facilitating cooperation.

To determine what could be European criminal law in the first method, I deducted a few things from present EU-law. In the second method, European criminal law is deducted from the common criminal traditions of the member states.⁶⁰ The general part of criminal law (legality, *actus reus*, *mens rea*, and participation) and criminal procedural law are of a greater importance than the specific penalizations.⁶¹ Art 6 of the EU-Treaty offers a legal basis to deduct these from the cultural traditions of member states. Besides that, we have case law of the European Court of Justice about the constitutional and national traditions of member states. General principles of community law have been developed as well.⁶²

What does such a first stock-taking of the criminal traditions bring? First of all, the individual rights that play an important role in criminal law. Due to the harmonizing role of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, they are more or less the same in the several member states. If we apply the same method on aspects of substantive criminal law and procedure a more varied image arises.⁶³

There are quite a lot of differences in the field of legal culture that hamper the search for parallels. More or less uniform regulations can be interpreted rather differently. For example the principle of legality, which means that no conduct is liable to punishment without a preceding legal provision, will lead to different interpretations concerning the standard that may be set for the clarity of the law (*lex certa*). Legal culture also tells us something about the perception of the law of another legal system. For example, a lot of countries that practice the principle of opportunity in the prosecution of suspects pass criticism on countries with a legality principle because they think that legality leads to rigidity and extreme use of the criminal law. Meanwhile, from the reverse perspective, the opportunity principle is accused of leading to arbitrariness. In reality, both systems have taken off the sharp edges of their system and by doing so overcame the criticism. A recent discussion that took place in the Netherlands concerning minimum

60. Such a deduction method may be compared to what harmonisation does.

61. See for example W. Bottke, *Die Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems*, in: *Bausteine des europäischen Strafrechts*, Coimbra-Symposium für Claus Roxin, 1995, p.235-246.

62. See for example Court of Justice, 5 March 1980, *Ferwerda*, C-256/78, ECR 1980, 623; 13 November 1990, *Fedesa*, C-331/88, ECR I-4057; 4 October 1991, *SPUC*, C-159/90, ECR 1991, 4658; 14 May 1974, *Nold*, C-4/73, ECR 1974, 491; 13 December 1979, *Hauer*, 44/79, ECR 1979, 3727; 21 September 1989, *Hoechst*, C-46/87 and C-227/88, ECR 1989, 2859.

63. Of course there is more criminal procedural law than the ECHR, see M. Delmas-Marty, *Procédures pénales d'Europe*, Paris 1995.

penalties is another example of the dangers that can occur when interpreting foreign law. This discussion took place from the Dutch point of view of a rigid execution of imposed penalties (always 2/3 is executed, no less, no more). On the other hand, countries with minimum penalties have formulated all kinds of exceptions on the minimum penalties. France has taken minimum penalties out of its code all together as judges were sentencing for less severe facts because otherwise in their opinion they were forced to impose too severe sentences.⁶⁴

These are just a few examples but they do show that a search for the largest common denominator will lead to an entire new system, in which none of the national systems will recognize itself completely. Concerning the method of development of a new law of criminal procedure the experiences of international criminal courts can be helpful.

Another aspect of the formation of a European criminal justice system that needs discussion is the language. In a common European criminal justice system, it seems inevitable to me that there will be one legal language. The current use of different legal languages leads to different interpretations. Using notions like *opzet* (intent) and *nalaten* (omission) automatically leads to a legal Dutch, if you wish a legal Belgian, explanation. Everyone who knows a little bit about comparative law knows that notions like intent and omission are entirely different concepts, that fit into their own context. When enforcement becomes a common European task, there is no place for the differences resulting from the use of different languages. In striving for integration and harmonization, the Union creates a huge barrier by holding on to the fact that all European languages are considered as authentic languages.⁶⁵ The day after tomorrow there will be twenty of them!

By choosing one language room is given for one European legal language to grow. It speaks for itself that the choice is likely to be English. This might lead to a problem because it may be assumed that the more common part of the criminal justice systems of the member states lies in a civil law structure. Experiences in the various international criminal courts show that a complete new system originates, finding its own balance in spite of the fact that specific regulations come from different systems. Therefore it should be possible that the European legal language English extricates itself from the specific national context. As long as this is not the case and the enforcement of law is purely national, Dutch is the legal language in the Netherlands and thus the academic language. This requires that academic writing and teaching in criminal law is done in Dutch, as this speech was originally delivered in Dutch.

64. A.M. van Kalmthout and P.J.P. Tak, *Ups en downs van de minimumstraf, Een verkennende studie naar het voorkomen van minimumstraffen in Frankrijk, België, Duitsland, Engeland en Wales*, Nijmegen 2003.

65. See W.C. van Binsbergen, *Integratie, Een revolutie?* Inaugural Lecture Utrecht 1963, p.12.

In my exposé about the definition of the jurisdiction of the member states and the founding of a European competence in criminal law, I have hardly spoken about the protection of civil rights belonging to this. The European Union often forgets that transnational enforcement creates its own questions of legal protection. The first pertains to situations in which states cooperate in criminal matters. Protection of civil rights is at the moment rather national and segregated. The adaptation of the protection of civil rights to border-crossing cooperation is absolutely necessary.⁶⁶ Already in 1983, Orie described this in his famous essay as the "crack in the system of international cooperation in criminal matters".⁶⁷ In most cases involving cooperation in criminal matters, suspects and other persons involved lack legal remedies in the requesting state as well as in the requested state. This is the case in the requesting state because one can hardly complain there about illegalities that took place in a foreign country under the responsibility of foreign public servants. In the requested state no complaints can be lodged, because the criminal case is not pursued there and international cooperation in criminal matters often takes place at a time when the suspect is not aware that he is subject to a criminal investigation in the first place. The refusal to acknowledge that there is trans-national enforcement encourages the system crack. In this view, it is not an exaggeration to argue that holding on to a strictly national enforcement of criminal law (and fighting against Europeanization of the criminal justice system) is harmful to the legal protection of suspects and other persons involved. The preservation of two systems of legal safeguards limits the actual legal protection. In this respect, one plus one is zero.

The mutual recognition by member states of each others actions needs to contain all aspects of assistance, and exceptions cannot be made in relation to the responsibility of the member states for each others actions on the basis of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The state that uses the services of another member state needs to carry responsibility in case violations of human rights take place. For cooperating states this leads to a situation in which they not only enjoy the advantages of international cooperation but also have to carry the burdens of it. In this way, one can distance oneself from the relative arbitrariness of the current situation. If the complainant finds out in time which states are involved in the investigation directed against him he has to guess to which state he must direct his complaint – the requested or requesting state. The European Court of Human Rights and the European Commission for Human Rights have always rejected a common responsibility.⁶⁸

66. See for the position of the defence in transnational cases: T. Spronken, A place of greater safety, *Bespiegelingen over een Europees Statuut voor de strafrechtsadvocaat*, Inaugural Lecture Maastricht 2003.

67. A.M.M. Orie, *De verdachte tussen wal en schip of de systeem-breuk in de kleine rechtshulp*, in: *Bij deze stand van zaken, bundel opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, Arnhem 1983, p.351-361.

68. See A.H. Klip, *Die EMRK und die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen*, Universität Halle, (forthcoming) and *The Decrease of Protection under Human Rights Treaties in International Criminal Law*, 68 *Revue Internationale de Droit Pénal* 1997, p.291-310.

A case in point is the Sari case. The ECHR declared inadmissible a complaint alleging a violation of the reasonable time, as stipulated in Article 6 ECHR, against Denmark and Turkey. Indeed, the total procedure for the transfer of proceedings and the subsequent trial took more than ten years, but every state only took responsibility for half of it, and according to the Court, this was not unreasonable looking at it on an individual basis.⁶⁹ In my opinion, it should not be the responsibility of the complainant to determine the exact responsibilities of states cooperating in human rights violations. What matters is that the joint action of the states involved was unreasonable against him. On the basis of Article 1 (and the preamble) of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, it is the common duty of states which joined the treaty to prevent a violation of the treaty. In my opinion, this is some sort of joint liability. Before the proceedings are considered as a whole, as the ECHR requires under the convention, a citizen should be able to use legal remedies in every state involved.

The European Union's enforcement of criminal law by itself in the future must be conditioned on it becoming a party to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. This offers legal safeguards in conformity with the traditions of all member states and considerably more protection than the rather strange and limited selection of human rights in criminal matters that was made in the Charter of the fundamental rights of the EU and the Draft constitution for Europe.⁷⁰

Rounding off

I would like to finish off.

A lot of water will flow through the river Maas before the European Union will start with a more systematic formulation of a criminal justice system. This is related to all sorts of institutional aspects and to the question of political feasibility. The so-called debacle of December 2003, when the Constitution for Europe did not materialize, will only be favorable for legal development. The Union legislator can use some more time to give a certain quality to its legal instruments. What matters is that the system meets the requirements of human rights treaties and that the new system will introduce criminal law that can be enforced. That may result in less criminal law. Only realistic criminal law can play an important role in European and Dutch society.

69. EHRM, 8 November 2001, Sari versus Denmark and Turkey, 21889/93, par.91 and 99.

70. See also Articles II-47 – 50 of the Draft Constitution for Europe as well as Articles 47-50 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

Strafrecht in der Europäischen Union

Antrittsrede

anlässlich der Inauguration als Professor
für Strafrecht, Strafprozessrecht und
grenzüberschreitende Aspekte des Strafrechts
an der Universität Maastricht am 29. April 2004

von

Herrn André Klip

KLUWER 

Deventer

2004

Einleitung

Am 7. Februar 1992 wurde der Vertrag über die Europäische Union hier in dieser Stadt verabschiedet. Mit diesem Vertrag wurde eine Entwicklung in Gang gesetzt, durch die das Strafrecht nicht länger als einzig nationale Angelegenheit betrachtet werden kann. Bewusst oder unbewusst wurden Schritte eingeleitet, die zu einem einheitlichen europäischen Strafrechtssystem führen könnten. Meine heutige Rede beschäftigt sich hauptsächlich mit der Bedeutung dieser fundamentalen und strukturellen Veränderung von nationaler auf europäische Ebene für die Gesetzgebung, die Strafrechtspolitik und die Strafrechtswissenschaften.¹

Die Bedeutung des Strafrechts in der derzeitigen Gesellschaft

Das Strafrecht genießt heut viel Aufmerksamkeit in den Medien, der Regierung und der Politik. In diesem Sinne geht es dem Strafrecht außerordentlich gut. Strafrechtsbezogene Themen fehlen nicht in den neuen Bulletins. Fast jeder Bürger hat seine Meinung darüber, was und wer bestraft werden sollte, wie das geschehen sollte und wie hart die Strafe sein sollte. Ich heiße es willkommen, dass mein Fach eine so zentrale Rolle in der Gesellschaft einnimmt. Doch all diese Aufmerksamkeit hat auch seine Nachteile. Die Erwartungen an das, was mit dem Strafrecht erreicht werden kann, sind sehr hoch – zu hoch meiner Meinung nach.² In vielen Fällen ist das Strafrecht – zumindest nach der öffentlichen Meinung – zum *primum remedium* geworden: zum ersten Mittel, das gegen ungewolltes Verhalten eingesetzt wird. Diese Entwicklung ist nicht nur niederländisch, sondern hat auch in anderen Ländern und sicherlich auch in der Europäischen Union so stattgefunden.³ Und wenn es einen Protagonisten der Idee des Strafrechts als *primum remedium* gibt, dann ist das die Europäische Union. Dies drückt sich bis heute in einem unablässigen Strom von strafrechtlichen Instrumenten aus.

In den Niederlanden gab es Vorschläge, Eltern für nachlässiges Erziehen zu bestrafen, wenn ihre Kinder Straftaten begangen haben.⁴ Vielleicht wird auch bald weibliche Beschneidung strafbar sein, wenn die Operation im Ausland vorgenommen wurde, und Mädchen aus Risikogruppen sollten regelmäßig daraufhin untersucht werden. Die Verlängerung von verschiedenen Verjährungsfristen fördert die Ausweitung der Allmacht des Strafrechts. Strafrecht erweitert sich fortwährend: in der Anzahl von Straftaten und involvierten Personen, in Tatorten und

1. Das heißt nicht, dass die Europäische Union nicht von anderen Einheiten, zum Beispiel den USA, beeinflusst werden kann. Siehe hierzu Joachim Vogel, Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik, Goldammer's Archiv für Strafrecht 2002, S.517-534.

2. P.J. van Koppen, Verankering van rechtspraak, Over de wisselwerking tussen burger, politie, justitie en rechter, Antrittsrede Vrije Universiteit Amsterdam 2003, S.65.

3. Siehe auch J. de Hullu und E.A.M. Verheijen, De beoordeling van Eurostrafrecht, Delikt en Delinquent 2002, S.696-697.

4. Brief des Staatssekretärs im Justizministerium, Niet-vrijblijvende vormen van opvoedingsondersteuning, Dokumente der 2. Kammer 1999-2000, 27197, Nr.1, S.11.

Tatzeiten. Als Instrument hat das Strafrecht einen unberührbaren Status mit einer starken moralischen Prägung erreicht.⁵

Kürzlich ist ein neuer Aspekt hinzugekommen, der den Status des Verurteilten verewigt und ihn absolut macht: Es gibt Aufrufe die Nachbarschaft zu informieren, wenn ein Sexualverbrecher unter ihnen lebt; es gibt die Versuche, Niederländern der zweiten Generation die niederländische Staatsangehörigkeit wegzunehmen oder Verurteilte von Einstellungen auszuschließen. Solche Aktivitäten schließen Menschen für immer von der Gesellschaft aus. Die Wissenschaft muss ein Beispiel für die Gesellschaft setzten um ihre Einstellung klar zu machen und um zu erklären, dass Strafrecht nicht *ausschließt*, sondern *einschließt*. Das bedeutet, dass Dinge irgendwann vorbei sind, und dass jede bestrafte Person ohne Bedingung wieder in die Gesellschaft zurückkehrt, nachdem sie ihre Zeit abgesessen hat, und dass es dann keinen Platz mehr für neue Sanktionen, Verbannungen oder Anprangerungen gibt.⁶

In diesem Zusammenhang ist es nicht erstaunlich, dass Politiker (europäische wie niederländische) versuchen, immer mehr Kontrolle über die tatsächliche Strafrechtsumsetzung zu gewinnen. Dadurch vermitteln Politiker teilweise das Bild, dass diese Rechtsumsetzung bei denen, die verantwortlich dafür sind, nicht (oder zumindest nicht immer) in guten Händen ist. Nach Anordnung des niederländischen Parlaments (der *Tweede Kamer*) mussten die außergerichtlichen Übereinkünfte mit gewissen Grossunternehmen der Überprüfung des Justizministeriums unterworfen werden. Mit der Einführung von Mindeststrafen sind Richter gezwungen beträchtliche Strafen anzuordnen.⁷ Politiker, auch Mitglieder des niederländischen Kabinetts, äußern sich oft herablassend darüber, wie mit einzelnen Strafrechtsfällen umgegangen wird. Ihre Kritik richtet sich dabei nicht gegen das Strafrecht an sich, sondern gegen die, die es ausführen: Die Polizei, die keine Diebe stellt; die Staatsanwaltschaft, die nicht, oder nur wegen leichter Straftaten Anklage erhebt; und das Gericht, das zu milde urteilt.⁸

Von ähnlicher Natur sind die unentwegten Klagen auf europäischem Level von der Europäischen Kommission über die Nichtverfolgung von EG-Betrug. Nach Meinung der Kommission ist die Strafverfolgung der nationalen Behörden so schlecht, dass sie es gerne selber übernehmen würde. Die Einrichtung ihrer eigenen Anti-Betrugseinheit war nicht genug für die Kommission, und jahrelang

5. Buruma wies auf den moralischen Charakter kürzlicher Änderungen im materiellen Strafrecht hin. Y. Buruma, Grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid, in: *Glijdende schalen, Liber amicorum J.de Hullu*, Wolf 2003, S.76.

6. Siehe auch C.H. Brants, *Over levende gedachten*, Antrittsrede Utrecht 1999.

7. Aber denselben Gerichten werden auch mehr und mehr vage Gesetze vorgelegt. Das verstärkt ihre Urteilsfreiheit.

8. Siehe für eine interessante empirische Untersuchung zum Vertrauen der Bürger in die Rechtssprechung: T. van der Meer, *Vertrouwen in de rechtspraak*, rechtstreeks 1/2004, S.9-55 und P.J. van Koppen, der behauptet, (S. 1) dass das Strafrecht als solches kritisiert wird, doch in seinen Untersuchungen sieht man, dass sich die Kritik gegen verschiedenste Funktionäre in der ganzen Kette richtet.

plädierte sie für die Einrichtung eines europäischen Staatsanwaltes. All das sind Versuche, den Nutzen von Strafrecht zu erhöhen. Dies verleumdete die Fähigkeiten des Strafrechts und ignoriert die Tatsache, dass es unmöglich ist, jede Straftat zu verfolgen. Wenn die Kapazität des gesamten Strafrechtssystems die gleiche bleibt, erhöht sich automatisch die Zahl der Straftaten, die unbeantwortet bleiben. Wie Boutellier sagt, kann man in dieser Hinsicht von einem *permanenten Gefühl der Krise* sprechen.⁹ So gesehen geht es dem Strafrecht gar nicht so gut.

Die Aufgabe der Strafrechtswissenschaft

Das ist eine Feststellung, die die Wissenschaft sich einmal ansehen sollte; sie sollte sich mit der Entwicklung und Gestaltung des Strafrechts beschäftigen. Was ich hier sage ist nichts Neues, und ist nun schon jahrelang so gewesen. Neu ist, dass der Einfluss der Wissenschaft auf Strafrechtspolitik und Gesetzgebung abnimmt. Wie kann dieser erklärt werden? Meiner Meinung nach ist der wichtigste Grund die völlig andere Arbeitsmethode der Medien, die ein sehr wichtiger Faktor in der Wissenschaft sind. Die schnelle schwarz-weiß Berichterstattung, die auf Kontroversen aus ist, passt nicht zu den feinen Nuancen und größeren Zusammenhängen unseres Metiers.

Auf bestimmte Art und Weise sind Politiker immer medienabhängiger geworden. Ein Politiker, der öffentlich sagt, dass die Auslöschung allen Übels unmöglich ist, wird von den Medien zu jemandem gemacht, dem es nichts ausmacht, wenn Straftaten begangen werden. Welcher Politiker hat den Mut zu sagen, dass der Versuch, einen 29 Jahre alten Mordfall zu lösen, auf die Kosten der heute zu untersuchenden und anzuklagenden Verbrechen geht?¹⁰

Die Medien vermitteln oft ein falsches Bild der Realität der Rechtshandhabung.¹¹ Das Bild von Verbrechen und Gerichten, das uns in den Medien gezeigt wird, unterscheidet sich so stark von der Wirklichkeit, dass dazu eine eigene Studien lohnen würde. Ich nenne nur die unbewiesene Vorstellung, dass in den Niederlanden ein mildes Strafklima herrsche. Unsere Bestimmungen bezüglich frühzeitiger Entlassung sind nachweisbar strenger als in den meisten anderen Staaten und unsere Verbrechen leisten einen größeren Teil der ihnen auferlegten Strafe ab. Mein erster Eindruck ist, dass unser Strafklima eher strenger ist als das in anderen europäischen Ländern. Doch um diese Behauptung zu beweisen wäre intensive Forschung nötig. Journalisten behaupten weiterhin, dass Verdächtige

9. H. Boutellier, *De veiligheidsutopie*, 2003, 2. Auflage, S.158.

10. Die Erfahrung mit der Verfolgung von Kriegsverbrechen Jahre nach deren Geschehen lehrt uns, dass große beweisrechtliche Schwierigkeiten durch das Verstreichen der Zeit auftreten können. Im Jugoslawientribunal sind diese Probleme teilweise durch gemeinsame Teilnahmeformen gelöst worden: joint criminal enterprise. Dabei wird die Täterschaft durch eine Art culpa in causa-Schlussfolgerung definiert. Siehe unter anderem: ICTY, Judgement, *Prosecutor v. Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-T, T. Ch.II, 10 December 1998, Klip/ Sluiter III-685, par. 216; ICTY, Judgement, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, A.Ch., 15 July 1999, Klip/ Sluiter III-761, par.220.

11. Brants, S.34-36.

aufgrund von „Formfehlern“ entlassen werden, obwohl es das seit den neunziger Jahren kaum noch gibt. Täter werden wegen „guter Führung“ frühzeitig aus dem Gefängnis entlassen – ein Kriterium, das seit über zwanzig Jahren im niederländischen Strafrechtssystem nicht mehr angewendet wird. Im Gegensatz zur Wirklichkeit, dass in den Niederlanden lebenslänglich tatsächlich bis zum Tode vollstreckt wird, liest man immer wieder, dass lebenslänglich Verurteilte in den Niederlanden frühzeitig entlassen werden können.

Tatsachen und Fiktion werden vermischt. Was wirklich mit dem Verbrechen geschieht ist nicht mehr relevant, was zählt, ist der gute Ruf.¹² So wie Verbrechen dargestellt wird, ist das wichtigste, dass wir es mit *Verbrechern* zu tun haben. Die Vorstellung, dass im Endeffekt ein europäischer Verbrecher ein europäischer Bürger ist, dass er aus der europäischen Gesellschaft stammt und er daher Freiheit, Sicherheit und Gerechtigkeit beanspruchen kann, fehlt vollständig. De facto ist die Anprangerung aus dem Mittelalter durch die Presse wieder in unsere moderne Gesellschaft zurückgekehrt. Aus dieser Sicht ist es gerechtfertigt, dass Richter bei ihren Entscheidungen mit in Betracht ziehen, in welchem Maße Verdächtige den Medien ausgesetzt waren. Dadurch werden die Medien ein Teil der Vollstreckung der Strafe und damit Teil der Ausführung der Wirklichkeit. Ich fürchte, dass eine solche Entwicklung, bei der Strafpolitik auch von Mediengeschehnissen mitbestimmt wird, durch Europa gestärkt wird. Dabei kann Fiktion zu Wirklichkeit werden. Diese klaffende Lücke kann zu einem Wettkampf werden, bei dem zu viel beansprucht wird, gefolgt von neuen Kompetenzen, gefolgt von einem weiteren Rückgang des tatsächlichen Einflusses des Strafrechts auf die Gesellschaft. Hierin liegt eine Gefahr für die Rechtssicherheit und den Rechtsschutz. Die Ausdehnung der Kompetenzen verstärkt die Position des Staates, aber auch seinen Handlungsspielraum und erweitert die Wahrscheinlichkeit von Willkür. Auf dieses Phänomen hinzuweisen ist die Pflicht der Wissenschaft, damit ein Teufelskreislauf durchbrochen werden kann. Das kann dadurch erreicht werden, dass das Strafrecht selbst als Durchsetzungsinstrument in Frage gestellt wird.

Wenn Verbrechen als lösbares Problem dargestellt wird, besteht das Risiko, das solche Mittel benutzt werden, die zu einem solchen unerreichbaren Ziel passen. Meines Erachtens sollte das Strafrecht viel von seiner Unverwundbarkeit einbüßen und auf eine weit bescheidenere Stelle auf der Skala gesetzt werden. Das soll jedoch nicht dazu führen, dass die in der Gesellschaft geäußerten Klagen über Sicherheitsmangel mit dem Verweis auf „gesundes Volksempfinden“ herunter gemacht werden. Zwischen faschistischem Missbrauch der Justiz und dem Mangel an Sinn für die Bedürfnisse der Bevölkerung ist einiger Raum. Schließlich existiert das Strafrechtssystem für die Bevölkerung, und es operiert nicht in einer sterilen, abstrakten und theoretischen Situation eines Laboratoriums. Das Strafrecht soll der Gesellschaft dienen, doch genau deswegen sollte es greifbar und vertrauenswürdig sein.¹³ Unsere soziale Aufgabe besteht darin, die

12. G.J.M. Corstens, *Een stille revolutie*, Arnhem 1995, S.14.

13. J. de Hullu, *Recidive en straftoemeting*, Deventer 2003, S.4.

Gesellschaft darüber zu informieren, was getan werden kann und was nicht. Wir müssen immer wieder auf bestimmte Tatsachen und Konsequenzen hinweisen und die richtigen Fragen stellen, auch wenn die Erklärung etwas länger dauert. Wenn Politiker nach fertigen Lösungen fragen, die es nicht gibt, muss ihnen geantwortet werden, dass dies nicht möglich ist.¹⁴ Ich mache mir keine Sorgen um eine Entfremdung zwischen Politikern und Akademikern; es ist immer so gewesen und es festigt den notwendigen kritischen Abstand.¹⁵

Auch auf einer anderen Ebene kann das Strafrecht diskutiert werden. In einer Zeit, in der neue Normen und moralische Werte festgelegt werden, kann dies eventuell zu einer neuen Definition von grundlegenden Strafrechtsprinzipien führen. Das mag anfangs Angst einflößend klingen, aber für mich klingt es wünschenswert, da wir in den Niederlanden aus dogmatischer Sicht in die Irre gelaufen sind. Unterscheidungen zwischen Täterschaft, Teilnahme und Beihilfe an einer Tat, die früher notwendig waren, sind in der Rechtsprechung verkommen zu einem einfachen: *Du warst dabei und dafür bist Du dran!* Und ich habe noch nicht einmal mit der Weite der Komplizenschaft in einer kriminellen Organisation angefangen, auf die in Artikel 140 des niederländischen Strafgesetzbuches Bezug genommen wird. Diese Entwicklung steht den grundlegenden Prinzipien des klassischen Strafrechts entgegen, das als sein *actus reus* (schuldige Handlung) ein Vorsatz verlangt (der Täter muss die Tat gewollt haben) und nur auf Kontrollinstrumente zurückgreift, wenn andere Methoden versagen. In der Praxis wurde auch das Schuldprinzip in vielen Bereichen aufgegeben und strikte Haftung im Strafrecht eingeführt.¹⁶

Heißt das, dass das aktuelle Strafrecht nicht mehr auf dem neusten Stand ist? Müssen wir neue Lehren suchen? Und wenn, sollten wir das dann nicht lieber in der Union tun als auf nationalem Level? Viele technische Entwicklungen sind aufgetaucht, die am Ende des 19. Jahrhunderts, als unser Strafgesetzbuch geschrieben wurde, noch nicht existierten. Der Platz der Niederlande in der Welt hat sich verändert. Das war auch das Ergebnis des Justizministeriums, welches zum Ausdruck brachte, dass wir ein System finden sollten, das besser in unsere Zeit passt.¹⁷ Das klingt richtig für mich. Aber ich vermisse noch immer die fundamentale Diskussion über neue Grundprinzipien. Mir persönlich geht es dabei mehr um die Frage, welche Rolle wir dem Strafrecht in unserer Gesellschaft einräumen wollen und wie Täterschaft und Teilnahme definiert werden, als um detaillierte Fragen darüber, ob die Bestrafung von integrierten Ausländern in den Niederlanden als Sextouristen möglich ist, wie es nun im Artikel 5a des Strafgesetzbuches geregelt ist. In einer abstrakten Wissenschaft wie der Rechtswissenschaft bleibt nichts für immer bestehen, alles ist dem ständigen

14. J. de Hullu, *Recidive en strafftoemeting*, Deventer 2003, S.11.

15. Siehe auch Dokumente der 2. Kammer, 1991-1992, 22268, Nr.5, S.5.

16. Siehe D. Roef, *Strafrechtelijke verantwoordelijkheid in de risicomaatschappij*, in: P.L. Bal, E. Prakken, G.E. Smaers, *Veiligheid of vergelding?*, Deventer 2001, S.33-36.

17. *Strafrecht in einer veränderten Umgebung* (Strafrecht in een veranderende omgeving), Rede des Justizministers Donner am 1. Dezember 2003 an der Katholischen Universität Nijmegen.

Wandel unterworfen. Das kann zu einem Überdenken von Konzepten führen, die lange Zeit ein Existenzrecht hatten, aber es kann auch zu der Einsicht führen, dass einige Rechte nicht abgeschwächt werden können, ohne dass dabei Prinzipien eines demokratischen Rechtsstaates aufgegeben werden.

Welche Rolle hat die Europäische Union im Strafrecht?

Es wird Zeit, dass ich Ihnen erkläre, was ich mit Strafrecht in der Europäischen Union meine – schließlich sind Sie gekommen, um mich darüber sprechen zu hören. Ich möchte Strafrecht in der Europäischen Union definieren als die Gesamtheit der Normen der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Union, die eine strafrechtliche Dimension haben. Diese können in drei Ebenen aufgeteilt werden:

1) Die nationale Ebene:

- die strafrechtliche Umsetzung des Gemeinschaftsrechtes (freiwillige Wahl des Einsatzes von Strafrecht/ Handhabung des Gemeinschaftsrechts ist verpflichtend);¹⁸ sowie
- die Umsetzung des von der Union als strafbar festgestellten Verhaltens. (wie es in Gemeinsamen Maßnahmen des Rats, Rahmenbeschlüsse und Konventionen enthalten ist);

2) die zwischenstaatliche Ebene:

- die Regulierung administrativer und strafrechtlicher Zusammenarbeit (die de facto zu einer gemeinsamen Handhabung führt);

3) die supranationale Ebene:

- das echte (supranationale) europäische Strafrechtssystem mit direkter Handhabung auf europäischer Ebene. Mit der Ausnahme der Handhabung im Bereich des Wettbewerbsrechtes ist dies nirgends anders verwirklicht worden, es gibt aber Vorschläge.¹⁹

Im Folgenden will ich in meiner Rede besonders über den Zusammenhang zwischen der nationalen und der supranationalen Ebene sprechen, ebenso wie über die Gestaltung eines europäischen Strafrechtssystems.

Vor 35 Jahren, am Vorabend des Abschlusses des Vertragsnetzwerkes über internationale Rechtshilfe des Europarates, das den Staaten die Möglichkeit gibt, sich gegenseitig in jeder Phase der Verbrechensaufklärung, des Prozesses und der Vollstreckung zu helfen, sagte Van Agt in seiner Antrittsrede *Über ein*

18. Siehe J.A.E. Vervaele, *Handen en tanden van het gemeenschapsrecht*, Antrittsrede Utrecht 1994.

19. Auf Grund der Interpretation des EuGHMR des Art. 6 EMRK verstehe ich das EG-Wettbewerbsrecht als Strafrecht. Ich verfolge dabei also eine andere Idee als Corstens, der das EU-Strafrecht in drei Teile einteilt: 1. die strafrechtliche Zusammenarbeit; 2. Menschenrechte, basierend auf der EMRK; 3. Die Ausarbeitung von Gemeinschaftsrecht ins nationale Recht, siehe G.J.M. Corstens, *Europees strafrecht*, in: *Rede en Recht, Liber amicorum Nico Keijzer*, Deventer 2000, S.11-25.

extrovertiertes Strafrecht: „Die Strafe von nationalen Behörden ist eigentlich nicht auf den Schutz einzelner nationaler Gemeinschaften gerichtet, sondern auf das Wohlergehen der Menschen in ihrer *grenzüberschreitenden* Gesellschaft. In dieser Hinsicht ist es angemessen, den nationalen Richter auch mit der Umsetzung solcher Normen zu betrauen, die anderswo aufgestellt wurden, solange eine gerechtere und zweckmäßigere (internationale) Arbeitsteilung bei der Strafverfolgung erreicht wird.“²⁰ Zehn Jahre später, im Jahre 1979, torpedierte selbiger Van Agt – nun Premierminister der Niederlande – mit einem niederländischen Veto den Plan des französischen Präsidenten Giscard d’Estaing zu einem *espace judiciaire*.²¹ Seit dem hat sich vieles verändert.

Erstens ist der Einfluss des Vertragsrechtes auf das Strafrecht sehr viel stärker geworden. Ich habe einmal ausgerechnet, wie lange die Niederlande im letzten Jahrhundert gebraucht haben, fünfzig Verträge mit strafrechtlicher Relevanz abzuschließen. Vom 18. April 1904 bis zum 28. August 1954 (50 Jahre), dann bis zum 8. August 1975 (21 Jahre), zum 20. Dezember 1988 (13 Jahre), von da bis zum 10. März 1995 (fast sieben Jahre), dann bis zum 21. Mai 1997 (zwei Jahre), zum 25. Mai 2000 (drei Jahre) und dann bis zum September 2003 (drei Jahre und vier Monate). Auf den ersten Blick scheint es als ginge die internationale Produktion von Verträgen zurück. Doch das ist nicht der Fall. Nur werden heute immer mehr europäische Rechtsinstrumente in anderen Formen erlassen. Ich habe mit der Fleißarbeit begonnen, all diese gemeinsamen Akte, Standpunkte, Empfehlungen, Entscheidungen und Rahmenbeschlüsse herauszusuchen, aber da habe ich noch viel zu tun. Nicht nur die Europäische Union, sondern auch andere Organisationen wie die Vereinten Nationen haben zu einer stufenweisen Verschiebung des Vorrangs der Gesetzgebung im Strafrecht von einer nationalen auf eine supranationale Ebene beigetragen.

Ich schätze, dass diese Entwicklung sich verintensivieren wird, besonders in Europa. Die Erklärung für diese Entwicklung ist in der vorher genannten sozialen Rolle des Strafrechts und dem hohen Sockel zu suchen, auf den die Mitgliedsstaaten es gesetzt haben. Der Vertrag zur Europäischen Union schreibt in seinem Artikel 29 vor, dass die Union das Ziel verfolgt, „den Bürger in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ein hohes Maß an Sicherheit zu bieten“. Diese Ambition kann als Kodifikation der Sicherheitsutopie charakterisiert werden, die von Boutellier so treffend beschrieben wurde.²² Es verbindet ein gesellschaftliches Gefühl mit den rechtlichen Möglichkeiten und will dadurch die Position des Strafrechtes in der europäischen Gesellschaft und den Zusammenhang zwischen nationalem Strafrecht und jenem der EU be-

20. A.A.M. van Agt, *Naar een extravert strafrecht*, Antrittsrede, Katholische Universität Nijmegen 1969.

21. Siehe Anhang zu Dokumenten der 2. Kammer des Parlaments, 1978-1979, Nr.1261. Siehe auch A. Weyemberg, *L’harmonisation des législations: condition de l’espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles 2004, S.14-15.

22. Siehe weiterhin H. Boutellier, *De veiligheidsutopie*, 2. Auflage 2003, S.47. Dies taucht mit gleichem Wortlaut in den Artikeln 41 und III-158 des Europäischen Verfassungsentwurfs wieder auf.

stimmen. Der Vertrag verstärkt zusätzlich den verbrauchergemäßen Anspruch der Bürger auf Sicherheit gegenüber der (europäischen) Regierung direkt.²³ Anders als zu Zeiten eines Van Agt oder Giscard d'Estaing (in seinem ersten politischen Leben) steht das Strafrecht heute unter Druck, da es kein effektives Mittel zur Ausrottung der Kriminalität zu sein scheint. Souveränität wird in diesem Fall als Behinderung der Effektivität angesehen.²⁴ Eher muss pessimistischerweise erwartet werden, dass die Politiker dem Druck nicht werden widerstehen können, immer mehr strafrechtliche Kompetenzen an die Europäische Union abzugeben. Anschließend wird dies den Druck auf die Union erhöhen, mehr Umsetzung selbst in die Hand zu nehmen. Aus dem Vertrag von Maastricht entsteht also ein verstärktes gesellschaftliches Interesse am Strafrecht, an einem europäischen Zuschnitt dafür.²⁵

Ist das Strafrecht bei der Europäischen Union in den richtigen Händen? Die Antwort auf diese Frage ist im Moment negativ. Immerhin gibt es viele Beispiele von Gesetzgebung ohne erkennbare Notwendigkeit oder ohne Notwendigkeit europäischen Eingreifens. 1997, kurz nach der Festnahme von Dutroux, wurde eine Gemeinsame Maßnahme verkündet, die unter anderem auf den Kampf gegen internationale Netzwerke der Kindermisshandlung gerichtet war. Im aktuellen Strafprozess ist von der grenzüberschreitenden Komponente nichts übrig geblieben.²⁶ Irgendwann als Entwurf nach den Attentaten des 11. September begonnen, führte die EU einen europäischen Haftbefehl ein, denn es wurde unter anderem argumentiert, dass zu viele Auslieferungen abgelehnt würden und dass die doppelte Strafbarkeit der Zusammenarbeit im Wege stünde. Daten über eine große Anzahl von Ablehnungen sind jedoch nie gemacht worden. Es gibt also Gesetze für Probleme, die gar nicht existieren.²⁷ Die rechtsvergleichenden Studien, die von der Union teilweise zur Unterstützung eines Gesetzesentwurfes oder zur Kontrolle der Durchsetzung betrieben werden, erfüllen nicht die Voraussetzungen, die an sie gestellt werden. Sie bleiben in normativen Vergleichen stecken, ohne den Kontext oder die tatsächliche Durchführung mit einzubeziehen.²⁸ Das Phänomen der Anzeigetafel (scoreboard), welches Mit-

23. Das wirft die Frage auf, ob es für die Bürger noch eine eigene Rolle (Pflicht) gibt, Frieden, Sicherheit und Gerechtigkeit herzustellen. Auch hier eine Verschiebung: Der Vertrag von Amsterdam wollte Europa näher an den Bürgern bringen, der Verfassungsentwurf will nun die Bürger näher an Europa bringen.

24. Siehe u. a. C. Rijken, *Trafficking in Persons*, diss. Universiteit van Tilburg 2003, S.9.

25. Die Europäischen Freiheiten nähren paradoxerweise die Unsicherheit. Siehe Ralf Dahrendorf, *De Volkskrant* 16. April 2004, S.13.

26. Siehe A. Weyembergh, S. 344: "les grandes difficultés auxquelles sont confrontés les travaux de rapprochement des législations pénales accroissent la tentation de suivre l'événementiel et d'exploiter les drames de l'actualité pour obtenir le consensus nécessaire, ce qui favorise le recours à des définitions larges négociées et adoptées dans l'urgence, sans réflexion approfondie."

27. A.H.J. Swart, *Een ware Europese rechtsruimte*, Antrittsrede Amsterdam 2001, S.29. Swart wirft hier die Frage auf, ob es nicht einen Zusammenhang gibt mit dem Willen der Staaten, wirklich erfolgreich miteinander zu kooperieren.

28. Zu Untersuchungsmethoden und vergleichendem Strafrecht: C.J.C.F. Fijnaut, *Rechtsvergelijking en strafrecht(swetenschap): enkele methodologische beschouwingen*, Preadvies voor de Nederlandse vereniging van rechtsvergelijking, no.61, Kluwer 2001.

gliedsstaaten zum Bericht über die Ratifizierung und Ausführung einzelner Gesetze und über die zuständige Behörde verpflichtet, lässt Erinnerungen an den Fünf-Jahres-Plan der Sowjetunion wieder wach werden. Auch die wurden formell immer erfüllt, verzogen aber die Wirklichkeit. Die wachsende Wichtigkeit der Europäischen Union sollte meines Erachtens mit einem realistischen Einblick ins europäische Verbrechen einhergehen. Fijnaut rief zuerst zu einer europäischen Forschung auf.²⁹ Wenn er damit die Einführung von mehr rechtsvergleichende Studien und europäischer Kriminalitätsforschung zur Vorbereitung und Unterstützung einer Strafrechtspolitik meint, so halte ich das für eine gute Wahl.³⁰ In diesem Zusammenhang ist das Fehlen eines europäischen Forschungs- und Dokumentationszentrum ein schwerer Mangel.³¹

Die Union reguliert zwar die Handhabung, aber ausschließlich in ihrer repressiven Funktion und nicht im machtkritischen Sinn. Dies führt zu einem einseitigen Wachstum, auf Kosten von sowohl der Rechtshandhabung als auch des Rechtsschutzes. Meiner Meinung nach ist das ein großes Problem: Nicht die Herkunft der Gesetze, sondern Qualität und Quantität der europäischen Strafgesetze sind eine ständige Sorgenquelle. Die Gesetzgebungsmaschine der Union macht das Strafrecht der EU zu einem immer komplexeren und undurchschaubareren Rechtsgebiet. Mit einer legislativen Pause wäre der europäische Rechtsstaat gut beraten. Ich habe bereits häufiger kritisiert, übrigens mit wenig Erfolg, dass es keine Reflexion gibt, und dass nicht einmal abgewartet wird, ob ein bestimmtes Instrument Erfolg hat.³² Ein aktuelles Beispiel dieses Schemas ist der Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates über die Europäische Beweisanordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken, und Daten zur Verwendung in Strafverfahren. In diesem Vorschlag werden EU-Verträge von 2000 und 2001 schon wieder für ersetzt erklärt – ohne dass sie überhaupt erst in Kraft getreten wären. Auch die bereits erwähnte Dutroux-Entscheidung wurde durch einen neuen Rahmenbeschluss ersetzt.³³

Die Handlungen der Europäischen Union auf der strafrechtlichen Ebene zeigen einen ziemlich problemgesteuerten Charakter. Es ist jedoch schwierig, Zusammenhänge oder ein System zu erkennen. Rasches, symbolisches Handeln wird als wichtiger angesehen als gut durchdachtes Handeln. Meiner Meinung nach arbeitet das europäische Strafrechtssystem kontraproduktiv und die Rechts-

29. Siehe Fijnaut, *preadvies*, S.88.

30. C.C. Fijnaut, *De Europese Unie: een lusthof voor (strafrechtelijke) rechtsvergelijking*, Deventer 2001; idem *De uitbreiding van de Europese Unie en de strafrechtsvergelijking*, in: *De meerwaarde van de rechtsvergelijking: Opstellen aangeboden aan prof. mr. H.U. Jessurun d'Oliveira*, S.201-213.

31. Obwohl es Europäische Zentren für die Beobachtung von Drogen und Drogenabhängigkeit gibt, ebenso wie eines für Rassismus und Fremdenfeindlichkeit.

32. A.H. Klip, *Amsterdams uniStrafrecht*, NJB 1998, S.811-816; *Neuere Entwicklungen im europäischen Strafrecht und in der europäischen Zusammenarbeit in Strafsachen*, in: 22. Strafverteidigertag vom 20.-22. März in Erfurt, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Köln 1999, S.39-54. Siehe auch C.J.C.F. Fijnaut, *De strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap tegen fraude, Delikt en Delinkwent 2000*, S.972-988.

33. Rahmenbeschluss des Rates vom 22. Dezember 2003 zur Bekämpfung von sexuellem Missbrauch von Kindern und Kinderpornographie, PB 2004, L 13/44.

Handhabung und Rechtsgarantien der Bürger werden geopfert. Ein deutscher Kollege bezeichnete das als *Systemschutz-Strafrecht*: "Am Horizont taucht also ein Europaweites symbolisches Strafrecht und eine symbolische Strafjustiz auf, alles als Ausdruck des Unvermögens einer Politik, die für strukturelle gesellschaftliche Reformen keine Kraft mehr hat."³⁴ Was er damit mein ist, dass das Ausnutzen des Strafrechtes für politische Zwecke zwar zu einer Kontinuität in der Politik führt, nicht aber zu irgendeinem sinnvollen Gebrauch des Strafrechts. Dazu möchte ich gerne hinzufügen, dass dies das Risiko beinhaltet, dass papierne rechtliche Anweisungen in der Praxis unanwendbar sind, und dass die Handhabung dann eher willkürlich von statten geht. Das kann nur dem Vertrauen in die schützende Funktion des Rechts schaden.

Wie weiter? Was könnte zum Strafrecht der Europäischen Union dazugehören?

Bei der Gelegenheit der Eröffnung von Eurojust, machte der niederländische Justizminister heute vor genau einem Jahr den Vorschlag, eine europäische Sonderautorität für bestimmte grenzüberschreitende Verbrechen zu schaffen, und den Rest der Straftaten den nationalen Behörden zu überlassen.³⁵ Kurz gefasst ist es sein Standpunkt, dass es keinen Sinn macht, das gesamte Strafrechtssystem zu harmonisieren, da 90% aller Verbrechen einzig und allein nationalen Bezug haben. Der Vorschlag des Ministers ist noch nicht genauer ausgearbeitet, aber er ist sehr interessant.³⁶ Gerade im Licht der Diskussion um die europäische Verfassung und der kommenden niederländischen Ratspräsidentschaft, können neue Initiativen erwartet werden.

Eine Trennung zwischen europäischem und nationalem Strafrecht würde – wie ich es sehe – ein komplettes europäisches Strafjustizsystem, einen Europäischen Strafgerichtshof, einen europäischen Staatsanwalt und eine europäische Polizei beinhalten, alles auf der Basis von europäischen Gesetzen und unterstützt von einem frei gewählten europäischen Parlaments. Wenn wir das wollen, benötigen wir eine Definition vom europäischen und nationalen Strafrecht.³⁷ Jedenfalls baut das Memorandum der Justizminister über die doppelte Strafbarkeit vom März 2004 nicht auf dem Distanzierungsgedanken des letzten Jahres auf.³⁸ Die Regierung hält hierin an der Bedingung der doppelten Strafbarkeit in der

34. P.-A. Albrecht, *Europäischer Strafrechtsraum: Ein Albtraum?*, Zeitschrift für Rechtspolitik 2004, S.1-4.

35. Einige Tage später wurde dieser Standpunkt wiederholt in dem Memorandum für einen europäischen Rechtsraum (*Een Europese strafrechtelijke ruimte van 9 mei 2003 van de Staatssecretaris voor Europese Zaken*, kenmerk DIE-258/03).

36. Siehe auch Ch.J. Enschedé, *Een Uniform Europees Strafrecht?* Report für den Europarat 1971, nachgedruckt in Arnhem 1990.

37. Ich stimme mit der Meinung der Regierung überein, dass eine klare Abgrenzung nötig ist, Dokumente der 2. Kammer des Parlaments, 2003-2004, 28473, Nr.35, S.4.

38. Memorandum zur Bedingung der doppelten Strafbarkeit im niederländischen Strafrecht. Dokumente der 2. Kammer des Parlaments, 2003-2004, 29451, Nr.1; Vorschlag für ein Rahmenbeschluss des Rates über die Europäische Beweisanordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken, und Daten zur Verwendung in Strafverfahren, 25. November 2003, 15221/03.

Zusammenarbeit mit anderen Mitgliedsländern fest, wenn die Tathandlungen in den Niederlanden begangen wurden. Das soll heißen, dass wenn die Tat in den Niederlanden begangen ist und sie hier nicht strafbar ist, dass dann die Niederlande auch keine Rechtshilfe leisten kann.

Ich möchte ein anderes Model vorschlagen, dass folgendermaßen aussehen könnte: Wenn das Problem darin liegt, dass andere Staaten keine Zuständigkeit für Verbrechen verlangen können, die hier nicht geahndet werden, obwohl sie hier begangen wurden, dann sollte die beschränkte Strafgewalt das leitende Prinzip sein. Das führt zu einer völlig anderen Regel: Strafgewalt innerhalb der Europäischen Union kann dann nur im staatseigenen Gebiet errichtet werden.³⁹ Demnach kann Deutschland nicht mehr den Missbrauch von (weichen) Drogen eines deutschen Bürgers in den Niederlanden verfolgen. Aber das bedeutet auch, dass, wenn die Griechen es für notwendig erachten, das Aufschreiben von Flugzeugnummern strafrechtlich zu verfolgen, wir ihnen mit den Nachforschungen und der Verfolgung helfen werden.⁴⁰ Das setzt eine Menge Vertrauen voraus, aber es birgt auch riesige Vorteile für die Rechtsdurchsetzung und für die Rechte der Einzelnen. Es ist immer klar, welcher Staat für die Handhabung verantwortlich ist. Im Grunde führt die heutige Situation der sich überschneidenden Zuständigkeiten zu der ständigen Diskussion zwischen Mitgliedsstaaten, ob ein Verbrechen kriminalisiert werden soll und welches Strafrecht angewendet werden soll.⁴¹ Die Erfordernisse der doppelten Strafbarkeit abzuschaffen und die strafrechtliche Zuständigkeit auf das Staatsgebiet zu beschränken, auf dem die Tat begangen worden ist, würde außerdem auf dem bestehenden Netzwerk internationaler Zusammenarbeit in Strafsachen aufbauen.⁴² Das Netzwerk der Zusammenarbeit des Europarates hat es bisher nie geschafft, dieses eine wichtige Thema mit einzubeziehen: eine Vorkehrung für Zuständigkeitskonflikte.⁴³ Die Erweiterung der Zuständigkeiten über das eigene Staatsgebiet hinaus, wurzelte einst in der Sorge, dass ein Verdächtiger ungestraft davon kommen könnte und dass es darum nötig sein müsste, ihn im eigenen Land zur Verantwortung zu ziehen, ohne die gesamte Strafrechtspolitik eines anderen Landes zu verändern. Die meisten Straftatbestände sind mittlerweile in der einen oder anderen Form in der gesamten Union strafbar. Die verbleibenden Unter-

39. Ob für extraterritoriale Strafverfolgung eine Vergleichbare Notwendigkeit besteht, ist eine andere Frage.

40. Ein derartiger Ansatz passt auch besser zum Legalitätsprinzip.

41. Dann können die Niederlande auch Abstand nehmen von der defensiven und zurückhaltenden Einstellung gegenüber Initiativen zum europäischen Strafrecht; siehe z. B. das Regierungsmemorandum zum Strafrecht und Strafprozessrecht in Europa, Dokumente der 2. Kammer des Parlaments, 1998-1999, 26656, Nr.1, siehe auch P.H.P.H.M.L. van Kempen, Waarborgen tegen de onwrichtende werking van Eurostrafrecht, *Glijdende schalen, de Hullubundel*, S.247-266.

42. A.H.J. Swart, *Goede rechtsbedeling en internationale rechtshulp in strafzaken*, Antrittsrede Utrecht, Deventer 1983.

43. Verschiedene Versuche, das Problem mit Hilfe der Priorität der verschiedenen Prinzipien zu lösen, missglückten, aber sie führten zu einer interessanten Studie: Council of Europe, *Extraterritorial Jurisdiction*. Damit würde die EU endlich Zuständigkeitskonflikte verhindern, wie sie sich in Artikel 31 Unterart. c des Unionsvertrages verpflichtet hat.

schiede sind vielleicht jedoch zu entscheidend, als das man sie vernachlässigen könnte.

Die Abgrenzung die ich gerade gezogen habe, betrifft die Beziehung zwischen den Mitgliedsstaaten. Es bringt keine Lösung für schwierige Fälle, in denen der Tatort nicht einfach in einem einzelnen Mitgliedsstaat verortet werden kann.⁴⁴ Diese Fälle müssen auf Unionsebene geklärt werden. Darum müssen wir Kriterien für solche Fälle schaffen, die auf europäischer Ebene behandelt werden.

In dem Memorandum zum „europäischen Strafrechtsraum“, das im letzten Jahr von der Regierung herausgegeben wurde, ist Folgendes zu lesen: „Ein effektiver Kampf gegenüber Verbrechen gegen die Interessen der Union (Fälschung des Euro oder Betrug gegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaft) und gegen schweres staatenübergreifendes Verbrechen, was definiert werden muss, sich aber zwischen dem Schmuggeln (il)legaler Ware oder Menschen bis zum Verschmutzen der Umwelt abspielen kann, bedarf im Endeffekt seiner eigenen Jurisdiktion, die von nationalen Grenzen nicht durchschnitten werden kann.“⁴⁵

Der Justizminister appelliert an kriminologische Erkenntnisse im Hinblick auf die Erscheinungsformen der Kriminalität und besonders auf die Frage, ob die betroffenen Taten tatsächlich grenzübergreifend sind.⁴⁶ Das ist meiner Meinung nach der richtige Weg. Ich empfinde die aktuelle Methodologie als nicht besonders gut durchdacht, erst eine Organisation zu gründen: Europol, die europäische Staatsanwaltschaft, oder neue Straftatbestände einführen, zu Problemen, die kurz vor einem EU-Gipfel in den Medien sind. Am Ende beeinflusst all dies nur das Meinungsbild, nicht aber das Recht selbst.

Die Abgrenzung müsste im materiellen Strafrecht gefunden werden, nicht in den Kooperationsbedingungen. Aus diesem Grunde sollten Straftaten, die Teil eines europäischen Strafrechts sein sollen, bestimmte Bedingungen erfüllen. Was sind diese Bedingungen? Meines Erachtens gibt es drei kumulative:

1. die Tat hat einen grenzüberschreitenden Charakter

44. Abgesehen von dem Problem das es mehr als ein Auslegungsprinzip gibt, siehe H.D. Wolswijk, *Locus delicti en rechtsmacht*, diss. Utrecht 1998.

45. Memorandum vom 9. Mai 2003.

46. Siehe D. van Eck, *Het universele karakter van het strafrecht*, opstellen over recht en rechtsgeschiedenis, aangeboden aan D. Hermesdorf, Kluwer 1965, S.149-150: “De ontwikkeling naar een internationaal strafrecht, in zoverre dit hetzij bij de inhoudgeving der normen, hetzij bij de handhaving der normen gedeeltelijk de taak van het nationale gezag gaat overnemen, zal een ontwikkeling moeten zijn, die beslist wordt door het criterium, welk organisatorisch verband der samenleving het strafrecht op de meest verantwoorde wijze zal handhaven. Daarbij zal echter rekening mee moeten worden gehouden, dat de uitvoering van het strafrecht slechts één van de vele taken is, die aan het samenlevingsverband der mensen zijn opgedragen. De beslissing omtrent de verdeling van strafrechtelijke competenties mag dus nooit geschieden naar criteria, die louter en alleen betrekking hebben op de uitoefening van het strafrecht. Het belang van een goede handhaving van het strafrecht zal moeten worden gezien in het gehele verband van de taken, waarvoor de menselijke samenleving zich ziet gesteld.”

2. die Prävention, das Aufklären und Verhandeln eines solchen Falles bringt auf nationaler Ebene mehr Schwierigkeiten mit sich als auf europäischer Ebene
3. die Tat berührt ein europäisches Politikfeld.⁴⁷

Die betroffenen Straftaten haben einen *locus delicti* in verschiedenen Ländern, was es schwierig macht, einen einzelnen Staat als den zuständigen zu bestimmen. Man denke nur ans Abgaberecht, an Subventionsbetrug, Geldwäsche, Frauen- und Menschenhandel oder Drogen- und Waffenhandel. Die zweite Bedingung hat etwas mit Effektivität zu tun. Wenn ein Fall grenzübergreifende Aspekte hat, die nationalen Behörden aber ohne Probleme damit umgehen können, so ist kein europäischer Eingriff nötig.⁴⁸ Das dritte Element stellt sicher, dass die verschiedenen Umsetzungsmodalitäten als kohärent angesehen werden, aber es unterstreicht auch den Gedanken der Subsidiarität.

Natürlich wird es Verbrecher geben, die nicht über solch eine Einteilung der gerichtlichen Zuständigkeiten nachdenken, wenn sie ein Verbrechen planen. Tatsachenkomplikationen werden auftreten, in denen Verdächtige europäische und nationale Verbrechen begehen. Auch das Prinzip einer fairen Justizverwaltung, kann bei der Suche nach dem angemessenen Gericht eine entscheidende Rolle spielen.⁴⁹

Der europäische Rechtsbereich führt also zu drei ziemlich gut zu trennenden Zuständigkeitsebenen: der nationalen, der europäischen und der außer-europäischen.⁵⁰ Ich bin weniger begeistert über die Pläne der Europäischen Kommission, einen europäischen Staatsanwalt zu schaffen, wie es im Corpus Juris beschrieben ist. Sie führen zu einem hybriden System, welches zwischen nationaler und europäischer Umsetzung steht.⁵¹ Die Vorschläge für die Artikel III-171ff im europäischen Verfassungsentwurf bekräftigen diesen hybriden Charakter und bieten keinen neuen Ansatz. Ähnliche Einwände bestehen gegen die amerikanische Lösung, in der die Trennung zwischen föderalem und bundesstaatlichem Strafrecht nicht besonders eindeutig ist und zu vielseitigen Zuständigkeitskonflikten führt.⁵² Wenn wir uns dafür entscheiden, ein neues europäisches Strafrechtssystem einzuführen, wird dessen Einfluss auf das

47. Siehe meine Conditions for a European Corpus Juris Criminalis, in Michael Faure, Jan Smits and Hildegard Schneider (Hrsg.) Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research, Intersentia 2002, S.111. Die Normierung ist meist gemeinschaftsrechtlicher Herkunft; siehe J.A.E. Vervaele, *Handen en tanden van het gemeenschapsrecht*, Antrittsrede Utrecht 1994, S.36.

48. Siehe Dokumente der ersten Kammer des Parlaments, 2003-2004, 28350 (R1720) und 28351, B, S.2.

49. A.H.J. Swart, *Goede rechtsbedeling en internationale rechtshulp in strafzaken*, Deventer 1983.

50. Siehe auch Justizminister, Dokumente der ersten Kammer des Parlaments, 2003-2004, 28350 (R1720) und 28315, B, S.4).

51. Die niederländische Regierung hat den europäischen Staatsanwalt ausdrücklich so charakterisiert, siehe Dokumente der ersten Kammer des Parlaments, 2003-2004, 28350 (R1720) und 28351, B, S.2.

52. 1971 hat Enschedé das "American Model Penal Code" als Vorbild für ein europäischen Code abgelehnt, siehe Arnhem 1990.

nationale Strafrechtssystem bei weitem geringer sein.⁵³ Weiterhin würde es den Einwand entschärfen, dass nationale Prioritäten durch die Kompetenzabgabe an Europol und Eurojust vernachlässigt würden.⁵⁴

In diesem Zusammenhang ist nicht alles rosig. Unweigerlich hat ein solches europäisches System auch seine Haken. Neue Organisationen werden gegründet und damit steigt der Datenfluss weiter an. Ein solches System muss auch psychologisch von den nationalen Behörden akzeptiert werden.⁵⁵ Eine neue Institution darf nicht als Bedrohung oder Konkurrent angesehen und dadurch beim Informationsfluss benachteiligt werden. Die nicht gerade erfolgreiche Situation von Europol kann einen pessimistisch stimmen.

Was bedeutet dieses Modell für die Harmonisierung des Strafrechts und die gegenseitige Anerkennung?

Harmonisierung des nationalen Strafrechtssystems ist in dem System, das ich gewählt habe, nicht notwendig, da es einmal das europäische Strafrechtssystem für ganz bestimmte Straftaten gibt und ein nationales System für alle anderen. Die aktuelle Harmonisierung ist viel kritisiert worden und das mit Recht. Es beginnt mit der unklaren Prämisse, dass die doppelte Strafbarkeit der Kooperation in Strafsachen im Weg stünde. Die gewählte Methode ist kontraproduktiv. Der tatsächliche Einfluss der Harmonisierung ist bisher sehr geringfügig, wenn er nicht sogar völlig fehlt.⁵⁶ Dies hängt in erster Linie mit der Gesetzgebung der *Kompromisse* zusammen. Rechtsinstrumente werden oft nur wage und nicht bindend verabschiedet. Jedem Mitgliedsstaat wird Raum gelassen, diese Instrumente selber zu interpretieren. Der zweite Grund für die unterschiedliche Durchführung ist, dass die Umsetzung obligatorisch ist. Bei der Interpretation der Umsetzungspflichten auf einem „eher nationalen“ Wege kann ein Staat, der im Verhandlungsprozess eine Niederlage erlitten hat, am Ende doch noch seinen eigenen Weg gehen.⁵⁷ Der dritte Grund besteht in der Nichtexistenz eines

53. In verschiedenen Memorandi zum europäischen Strafrecht hat die Regierung die Prinzipien niederländischen Rechts aufgezählt, die undiskutierbar sind; Siehe das Memorandum zum Verhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und Strafrecht (Notitie betreffende de verhouding gemeenschapsrecht – strafrecht) Dokumente der 2. Kammer des Parlaments, 1991-1992, 22300 VI, Nr.39; Memorandum zum Straf- und Strafprozessrecht im europäischen Kontext (Notitie Strafrecht en strafprocesrecht in Europees verband), Dokumente der 2. Kammer des Parlaments, 1998-1999, 26656, Nr.1.

54. Der Justizminister hat richtigerweise in seiner Rede am 29. April 2003 darauf hingewiesen, veröffentlicht in Eurojust.

55. Siehe A.H. Klip, Geïntegreerde bescherming van de financiële belangen van de EG; verschuiving van de staat-staat-benadering naar verticalisering van de procedure?, in: J.A.E. Vervaele (Hrsg.), Transnationale handhaving van de financiële belangen van de Europese Unie, Intersentia 1999, S.99-111.

56. Siehe beispielsweise T. VanderBeken, From Brussels with Love, Bespiegelingen over de invloed van de Europese Unie op het Belgisch strafrecht, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijken-de studie van het recht van België en Nederland 2002. Siehe Weyembergh, S.336.

57. Siehe Weyembergh, S. 342.

gemeinsamen Gerichtes. Selbst die momentane Rolle des Gerichtshofes bei der Auslegung von Rahmenentscheidungen muss noch festgelegt werden. Ein vierter Grund ist der unterschiedliche Sprachgebrauch. Das führt zu einer Situation, mit großen Unterschieden in der endgültigen Rechtsumsetzung in den verschiedenen Mitgliedsstaaten. Übermorgen wird die Europäische Union von 15 auf 25 Mitgliedsstaaten anwachsen, von 375 Millionen auf 450 Millionen Einwohnern. Diese Größe wird es noch schwieriger machen, einen gemeinsamen Nenner zu finden. Der Zwang zur Harmonisierung wird noch stärker werden.

Ausgehend von separaten Gerichtsbarkeiten – einer europäischen mit Hinblick auf spezifische europäische Verbrechen und verschiedene nationale für nationale Verbrechen – werden keine Bedingungen für eine doppelte Strafbarkeit benötigt. Dementsprechend ist ein Grund für die Harmonisierung materiellen Strafrechtes weggefallen. Nach meiner Einschätzung kann Harmonisierung einen noch formaleren Gesichtspunkt des Rechts erfüllen. Das erfordert eine Erklärung.

Wenn die Mitgliedsstaaten gegenseitig akzeptieren, dass die Ausführung der Gerichtsbarkeit exklusiv ist, so ist das ein wichtiger Beitrag zur unbedingten gegenseitigen Anerkennung von Übergaben von Personen, Beweisstücken und anderen Beschlüssen. In einem System von unbedingter Anerkennung verschwinden die Schranken zwischen den Strafgesetze systemen.⁵⁸ Um zu einem ganz freien Verkehr zu kommen, müssen verschieden Hindernisse beseitigt werden. Zum Beispiel unterscheiden sich die Verfahrensbedingungen für Festnahmen von Verdächtigen je nach Mitgliedsstaat. Das setzt die Staaten unter Druck, die striktere Bedingungen haben. Ähnliche Probleme können bei anderen Zwangsmitteln oder der Beweissammlung auftauchen. Die Annäherung der Bedingungen, die erfüllt sein müssen bevor eine Durchsuchung und Verhaftung stattfinden dürfen, wird die Einwände gegen Anerkennung fremder Rechtsordnungen verschwinden lassen.

Solche Ergebnisse zeigen wie nötig ein Konzept für ein Prinzip der gegenseitigen Anerkennung ist. Was genau muss anerkannt werden? Dass genau die gleichen materiellen Bedingungen erfüllt sein müssen, bevor ein Zwangsmittel angewendet werden darf? Dass eine einzelne Behörde diese festgelegt hat? Dass der ersuchte Staat die Prozessregeln zur Beweissammlung anwendet, die der ersuchende Staat anwendet? Und warum sollte der obligatorische Vollzug einer ausländischen Anfrage störend in die staatseigene Justizverwaltung eingreifen? Kurzum: der Begriff muss mit einem Konzept gefüllt werden.

In der heutigen Situation bestimmt der Staat, der die Initiative ergreift, dass ein anderer Staat etwas anerkennen soll. Warum sollte in einem System der gegenseitigen Anerkennung ein Staat, der eine Tat strafrechtlich verfolgt, den Vorrang erhalten über einen anderen Staat, der sich dafür entschieden hat, keine

58. A.H.J. Swart, *Een ware Europese rechtsruimte*, Antrittsrede Amsterdam, Deventer 2001, S.24.

Konsequenzen an eine bestimmte Tat zu knüpfen. Mit einer Einschränkung der Gerichtsbarkeit muss eine solche Frage nicht länger diskutiert werden.

Wie würde ein europäisches Strafrecht aussehen?

Im Vorfeld hab ich über die Abgrenzung zwischen nationalem und europäischem Strafrecht gesprochen, aber ich habe noch nichts zu der Ausgestaltung des europäischen Strafrechtes gesagt. Wie könnte es aussehen?

Grundsätzlich gibt es zwei verschiedene Methoden, wie einem europäischen Strafrecht und Strafprozessrecht Gestalt und Gehalt gegeben werden können. Schon in diesem Stadium müssen wir auch an das Strafprozessrecht denken, da es doch immerhin um die Erschaffung eines neuen Systems geht. Die erste Methode leitet das System von der Arbeit ab, die schon von der Europäischen Union geleistet wurde. Die zweite ist es, von gemeinsamen strafrechtlichen Traditionen abzuleiten. Beide Übungen werden alles andere als einfach sein. Das ist nicht erstaunlich. Es wäre erst das dritte Mal seit christlicher Zeitrechnung, dass ein Versuch unternommen wird, ein gemeinschaftliches Strafrechtssystem zu erschaffen. Nach dem römisch-kanonischen Strafrecht und Napoleons Code Pénal haben sich die Umstände nicht erheblich verändert.

Was bedeutet es, den gemeinsamen Nenner aus den Rechtsinstrumenten abzuleiten, die bereits von der Union akzeptiert wurden? Der materielle Teil des Strafrechtes wird durch die Kausalhaftung ausgezeichnet.⁵⁹ Das tatsächliche Verhalten des Täters ist nicht wirklich von Wichtigkeit. Es geht um den Posten oder die Verantwortung, die dieser übernimmt (Sorgfaltspflichtverletzung). Vielleicht wird das verursacht, in dem man auf das Recht zur Verwirklichung des Binnenmarktes aufbaut. Die Instrumente der Europäischen Union enthalten Elemente, die zum allgemeinen Teil des Strafrechts in jedem der Rechtssysteme gehören. Da es bisher auf Unionsebene zu diesem Thema noch nicht systematisch nachgedacht wurde, gibt es viele lose Ideen. Sie sagen uns etwas darüber, wen die Union als Verbrecher ansieht, wie sie Täterschaft und Teilnahme an einem Verbrechen definiert und auf welche Weise ein Delikt aufgebaut ist. Fast ausnahmslos handelt es sich um sehr generelle Definitionen von Mittäterschaft an einer Straftat.

Die geforderte Absicht manifestiert sich in einem Verhalten (Artikel 1 Abs. 4 der EG Betrugskonvention). Weiterhin muss man Haftung von juristischen Personen und ihren formellen wie tatsächlichen Führungskräften in Betracht ziehen (Art. 6 des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie). Wenn strafrechtliche Haftung schon auf der Kompetenz gegründet sein kann, eine juristische Person zu repräsentieren, Entscheidungen in ihrem Namen zu treffen oder sie zu beaufsichtigen, so ist die

59. Eine Entwicklung, die sich besonders in der Rechtssprechung der internationalen Strafgerichtshöfe zeigt.

Bedeutung von Schuldausschließungsgründen und Rechtfertigungsgründen stark gemindert.

In der Bewertung der Zurechnung des Täters liegt bereits ein Urteil über die eventuelle Anwendbarkeit von Strafausschließungsgründen. Abgesehen davon können – besonders in den Präambeln – einige Elemente der Strafrechtspolitik entdeckt werden, die das materielle Strafrecht beeinflussen könnten. Die EU-Norm strebt nach der endgültigen Ausschaltung strafbaren Verhaltens (oder gar der Straftäter) und nach Rückfallprävention.

Diese Methode bringt nicht viel Einblick in die Entwicklung des Strafprozessrechts. Das Recht der dritten Säule beinhaltet relativ wenig strafverfahrensrechtliche Vorschriften. Das ist deswegen logisch, da Strafverfolgung bislang eine nationale Angelegenheit ist. Die Betonung liegt besonders auf der Harmonisierung (und der Erleichterung) der Zusammenarbeit in Strafsachen.

Um mit Hilfe der ersten Methode festzustellen, was europäisches Strafrecht sein könnte, habe ich einige Dinge vom bestehenden EU-Recht abgeleitet. Bei der zweiten Methode wird europäisches Strafrecht von den gemeinsamen Strafrechtstraditionen der Mitgliedsstaaten abgeleitet.⁶⁰ Auch hier sind der allgemeine Teil des Strafrechts (Gesetzmäßigkeit, Täterschaft und Teilnahme, Vorsatz und Schuld, etc.) und das Strafprozessrecht wichtiger als einzelne Straftatbestände.⁶¹ Artikel 6 des EU-Vertrages bietet eine rechtliche Grundlage, um dies von den kulturellen Traditionen der Mitgliedsstaaten herzuleiten. Daneben haben wir die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu den Verfassungs- und anderen nationalen Traditionen der einzelnen Staaten. Auch sind grundlegende Prinzipien des Gemeinschaftsrechts entwickelt worden.⁶²

Was bringt eine solche erste Bestandsaufnahme? Zuallererst die Grundrechte, die auch im Strafrecht von Bedeutung sind. Dank der vereinheitlichenden Rolle der EMRK besteht ein einigermaßen übereinstimmendes Bild. Wenn wir die gleiche Methode für andere Aspekte des Strafrechts anwenden, entsteht ein gemischteres Bild.⁶³

60. Eine derartige Ableitungsmethode ist vergleichbar mit dem, was Harmonisierung tut. Bildlich könnte man sagen, dass das Ableiten der Prinzipien verschiedener Systeme eine Art Trichtermethode ist. In der klassischen Harmonisierung stellt man den Trichter dagegen auf den Kopf.

61. Siehe beispielhaft W. Botke, Die Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems, in: Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Claus Roxin, 1995, S.235-246.

62. Einige Beispiele: EuGH, 5. März 1980, Ferwerda, C-256/78, Jur.1980, 623; EuGH, 13. November 1990, Fedesa, C-331/88, Jur.I-4057; EuGH, 4. Oktober 1991, SPUC, C-159/90, Jur.1991, 4658; EuGH, 14. Mai 1974, Nold, C-4/73, Jur.1974, 491; EuGH, 13. Dezember 1979, Hauer, 44/79, Jur.1979, 3727; EuGH, 21. September 1989, Hoechst, C-46/87 und C-227/88, Jur.1989, 2859.

63. Natürlich gibt es mehr Strafprozessrecht als in der EMRK, siehe M. Delmas-Marty, Procédures pénales d'Europe, Paris 1995.

Es gibt einige Unterschiede in den Rechtskulturen, was Suche nach Parallelen erschwert. Mehr oder weniger gleiche Regelungen können sehr unterschiedlich interpretiert werden. Das Legalitätsprinzip zum Beispiel, nach dem niemand für eine Tat haftbar gemacht werden kann, gegen die es vorher noch kein Gesetz gab, wird zu verschiedenartigen Interpretationen zu den Bedingungen an die Rechtsklarheit (*lex certa*) führen. Die Rechtskultur sagt uns auch etwas über die Wahrnehmung des Rechts eines anderen Systems. Beispielsweise kritisieren viele Länder, die das Opportunitätsprinzip bei der Verfolgung von Verdächtigen anwenden, solche Länder, die sich nach dem Legalitätsprinzip richten, da dies in ihren Augen zu einer Sturheit und einem extremen Gebrauch des Strafrechts führt. Unterdessen wird umgekehrt dem Opportunitätsprinzip Willkür vorgeworfen. Tatsächlich haben beide die scharfen Kanten ihrer Systeme genommen und haben so die Kritik überwunden. Die Diskussion, die in den Niederlanden über Mindeststrafen stattfand, ist ein anderes Beispiel für die Gefahren der Interpretation fremden Rechts. Diese wurde von einem niederländischen Standpunkt aus geführt, der von der strikten Ausführung der verhängten Strafen ausgeht (mindestens 2/3 werden abgeleistet). Auf der anderen Seite haben Länder, in denen es Mindeststrafen gibt, lauter Ausnahmen eingeführt. Frankreich hat sie gänzlich aus seinem Gesetzbuch genommen, da Richter schon für wenig schwere Tathandlungen verurteilten, weil sie sonst in ihren Augen gezwungen wären, zu harte Urteile zu fällen.⁶⁴

Dies sind nur einige Beispiele, aber sie zeigen, dass die Suche nach dem größten gemeinsamen Nenner zu einem vollkommen neuen System führen wird, in dem keines der nationalen Systeme sich vollends wieder finden wird. Was die Entwicklung eines neuen Strafprozessrechts angeht, so kann die Erfahrung von internationalen Strafgerichtshöfen von Hilfe sein.

Es gibt noch einen anderen Aspekt des Aufbaus eines europäischen Strafrechtssystems, der diskutiert werden muss, und das ist die Sprache. Bei einem gemeinsamen europäischen Strafrecht scheint es mir unvermeidbar, eine einzige rechtliche Sprache zu haben. Weil Sprache auch Rechtssprache ist, führt der Gebrauch unterschiedlicher Sprachen zu unterschiedlichen Interpretationen. Benutzt man Begriffe wie *opzet* (Vorsatz) oder *nalaten* (Unterlassung), hat das automatisch eine niederländische – wenn Sie wollen eine belgische – Erklärung zur Folge. Jeder, der sich etwas mit Rechtsvergleich auskennt, weiß, dass die deutschen Begriffe *Vorsatz* und *Unterlassung* zwei völlig unterschiedliche Konzepte sind, die in ihren eigenen Zusammenhang passen. Sollte die Umsetzung europäisch, also gemeinschaftlich werden, bleibt keine Platz mehr für die Unterschiede, die sich aus den verschiedenen Sprachen ergeben. In dem Bestreben nach Integration und Harmonisierung baut sich die Union große

64. A.M. van Kalmthout en P.J.P. Tak, Ups en downs van de minimumstraf, Een verkennende studie naar het voorkomen van minimumstraffen in Frankrijk, België, Duitsland, Engeland en Wales, Nijmegen 2003.

Hindernisse dadurch auf, dass sie immer noch alle europäischen Sprachen für gleichermaßen verbindlich hält.⁶⁵ Ab übermorgen werden es zwanzig sein!

Mit der Wahl für eine könnte eine europäische Rechtssprache entstehen. Es liegt auf der Hand, dass die Wahl wahrscheinlich auf Englisch fallen würde. Das könnte problematisch sein, denn es kann unterstellt werden, dass die größeren Gemeinsamkeiten der Strafrechtssysteme der Mitgliedsstaaten in einem zivilrechtlichen System liegt. Erfahrungen in verschiedenen internationalen Strafgerichten zeigen, dass ein völlig neues System entsteht, und dass es seine eigene Balance findet, auch wenn die Regelungen aus ganz verschiedenen Systemen kommen. Deswegen sollte es möglich sein, dass die europäische Rechtssprache Englisch sich von ihrem nationalen Kontext befreit. Solange das noch nicht passiert ist, und solange die Umsetzung national geschieht, bleibt das Niederländische die Rechts- und auch die Wissenschaftssprache. Das erfordert, dass in der Wissenschaft auf Niederländisch geschrieben und gelehrt wird, so wie auch diese Rede ursprünglich auf Niederländisch gehalten wurde.

Europäisierung auf der Ebene des Rechtsschutzes

In meinem Expose über die Definition der Gerichtsbarkeit in den einzelnen Staaten und die Schaffung einer europäischen Kompetenz im Strafrecht habe ich kaum über den damit zusammenhängenden Schutz der Grundrechte gesprochen. Die Europäische Union vergisst oft, dass transnationale Rechtsumsetzung oft selbst neue Fragen des Rechtsschutzes aufwirft. Zuallererst betrifft das Fälle, in denen Länder in strafrechtlichen Angelegenheiten zusammenarbeiten. Grundrechtsschutz wird momentan eher national und isoliert behandelt. Die Anpassung dieses Schutzes zu einer grenzübergreifenden Kooperation ist dringend notwendig.⁶⁶ Orie beschrieb dies schon 1983 in seinem berühmten Aufsatz über den „Systembruch in der internationalen Rechtshilfe“.⁶⁷ In den meisten solcher Fälle fehlt es den Verdächtigen und anderen beteiligten Personen sowohl an Rechtsmitteln im *ersuchenden* Staat als auch im *ersuchten* Staat. Im *ersuchenden* Staat deswegen, da man sich schlecht über illegale Handlungen beschweren kann, die in einem fremden Land unter der Verantwortung von fremden Staatsdienern stattgefunden haben. Und im *ersuchten* Staat sind keine Mittel möglich, da die Straftat dort nicht verfolgt wird, und da internationale Kooperation in Strafangelegenheiten oft zu einem Zeitpunkt stattfindet, in der der Verdächtige sich gar nicht im Klaren darüber ist, dass er Objekt von Ermittlungen ist. Die Weigerung anzuerkennen, dass es transnationale Umsetzung gibt, unterstützt

65. Siehe unter anderem W.C. van Binsbergen, *Integratie, Een revolutie? Antrittsrede Utrecht 1963*, S.12.

66. Siehe für die Position des Beklagten in einem transnationalen Fall: T. Spronken, *A place of greater safety, Bespiegelingen over een Europees Statuut voor de strafrechtsadvocaat, Antrittsrede Maas-tricht 2003*.

67. A.M.M. Orie, *De verdachte tussen wal en schip of de systeem-breuk in de kleine rechtshulp*, in: *Bij deze stand van zaken, bundel opstellen aangeboden aan A.L. Melai, Arnhem 1983*, S.351-361.

diesen Systembruch. In dieser Hinsicht ist es nicht übertrieben zu sagen, dass das Festhalten an einer strikt nationalen Strafrechtvollstreckung (und damit das Bekämpfen einer Europäisierung des Strafrechtssystems) für den Rechtsschutz von Verdächtigen und anderen beteiligten Personen nachteilig ist. Die Erhaltung zweier Rechtssicherungssysteme beschränkt den eigentlichen Rechtsschutz. Insofern ist ein plus ein null.

Die gegenseitige Anerkennung der Staaten von ihren jeweiligen Handlungen muss alle Aspekte der Hilfestellung beinhalten. Dabei können im Hinblick auf die Verantwortung der Mitgliedsstaaten bei Handlungen auf der Grundlage der EMRK keine Ausnahmen gemacht werden. Ein Staat, der sich der Leistung eines anderen Mitgliedsstaates bedient, muss im Falle von Menschenrechtsverletzungen die Verantwortung übernehmen. Für kooperierende Staaten bedeutet das, dass sie nicht nur die Erleichterungen, sondern auch die Lasten der ausländischen Hilfe tragen müssen. Auf diese Weise kann von der relativen Willkür der momentanen Situation Abstand genommen werden. Wenn der Kläger rechtzeitig herausfindet, welche Staaten in die Untersuchungen gegen ihn involviert sind, so muss er raten, gegen welchen von ihnen er seine Beschwerde richten muss – gegen den *ersuchten* oder den *ersuchenden* Staat. Der Europäische Menschenrechtshof und die Europäische Menschenrechtskommission haben eine gemeinschaftliche Verantwortung immer abgelehnt.⁶⁸

Beispielhaft ist der Sari Fall. Der EMRH erklärte eine Beschwerde für unzulässig, die eine Verletzung der angemessenen Frist des rechtlichen Gehörs gegen Dänemark und die Türkei zum Inhalt hatte. Zwar dauerte der gesamte Vorgang der Übertragung der Strafverfolgung und die folgende Gerichtsverhandlung mehr als zehn Jahre, aber jeder der Staaten übernahm nur die Hälfte der Verantwortung dafür, und das war dem Gerichtshof zufolge individuell gesehen nicht einmal unverschämt.⁶⁹ Meiner Meinung nach sollte es nicht in der Zuständigkeit des Beschwerdeführers liegen, die genaue Verantwortung der Staaten festzulegen, die in der Menschenrechtsverletzung zusammenarbeiten. Denn es geht ja darum, dass das gemeinsame Handeln der betroffenen Staaten gegen ihn nicht rechtens war. Auf der Grundlage des Artikels 1 (i.V.m. der Präambel) der Europäischen Menschenrechtskonvention ist es eine gemeinsame Pflicht aller Vertragsparteien, eine Verletzung dieser zu vermeiden. Ich halte das für eine Art persönliche Haftung. Bevor ein Strafverfahren als Ganzes beurteilt wird, sollte ein Bürger in jedem beteiligten Staat rechtliche Mittel einsetzen können.

In Zukunft muss die Umsetzung des Strafrechts durch die Europäische Union von deren Beitritt zur Europäischen Menschenrechtskonvention bedingt sein. Das bietet einerseits einen rechtlichen Schutz, der mit den Traditionen der einzelnen Mitgliedsstaaten übereinstimmt. Außerdem gewährt es weit mehr Schutz als die

68. Siehe A.H. Klip, Die EMRK und die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen, Universität Halle (im Druck) und ebenso The Decrease of Protection under Human Rights Treaties in International Criminal Law, 68 Revue Internationale de Droit Pénal 1997, S.291-310.

69. EuGMR, 8. November 2001, Sari gegen Dänemark und die Türkei, 21889/93, par.91 und 99.

seltsame und relativ begrenzte Auswahl an Menschenrechten im Bereich des Strafrechts, die in der Menschenrechtscharta der EU und dem Verfassungsentwurf niedergeschrieben sind.⁷⁰

Abschluss

Ich komme zum Ende.

Eine Menge Wasser wird noch die Maas hinab fließen bis die Europäische Union mit der systematischen Gestaltung eines Strafrechtssystems beginnen wird. Das hängt mit den verschiedenartigsten institutionellen Aspekten der Verwirklichung eines gemeinsamen Strafrechtssystems und mit der Frage der politischen Machbarkeit zusammen. Das so genannte Debakel von Dezember 2003, als die europäische Verfassung noch nicht zustande gekommen ist, kann für die Rechtsentwicklung nur günstig sein. Der Unionsgesetzgeber kann die Zeit nutzen, um die Qualität der Rechtsmittel zu verbessern. Dabei ist wichtig, dass das neue System die Ansprüche verschiedener Menschenrechtsabkommen erfüllt und dass es ein Strafrecht erschafft, das umsetzbar ist. Das kann zu einem Weniger an Strafrecht führen, aber nur ein realisierbares Strafrecht kann eine wertvolle Rolle in der europäischen und niederländischen Gesellschaft spielen.

70. Siehe auch Art. II-47 – 50 des europäischen Verfassungsentwurfes und Art. 47-50 der Menschenrechtscharta der EU.